



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS Y DEBERES INHERENTES
A LA PATRIA POTESTAD Y EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE
MENOR DE EDAD. JUDICATURA AREQUIPA 2015-2016”**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:
WIFALAVEL VEGA UGARTE, Para optar el
Título profesional de Abogado

Asesor: Mg. Cesar Augusto de la Cuba Chirinos

AREQUIPA, 2017

DEDICATORIA:

A:

Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

*Mis padres, **Wilbert y Josefa** quienes me enseñaron desde pequeña a luchar para alcanzar mis metas. Y sabiendo que jamás existirá una forma de agradecerles una vida de lucha, sacrificio y esfuerzo constante por mis hermanos y yo, sólo deseo que comprendan que mi triunfo es el de ustedes y mi esfuerzo es inspirado en ustedes ¡los amo!*

*Mis sobrinos **María Clara, Wilav y Catalina** por su cariño, amor, sus grandes manifestaciones de afecto que día a día llenan mi corazón de alegría y porque son el reflejo de mis hermanos **Joswilb y Ada** a quienes quiero mucho.*

AGRADECIMIENTO A:

*Doctor **Edilberto Sebastián Choque Gonzales**, por sus aportes, asistencia profesional al poner a disposición todos sus conocimientos e información sobre el tema desarrollado y el empuje en el inicio del presente Trabajo de Investigación, así como en el trabajo de campo.*

*Doctor **Cesar Augusto de la Cuba Chirinos**, mi asesor de Tesis, por sus apreciados y relevantes aportes, críticas, comentarios y sugerencias durante el desarrollo de esta investigación.*

ÍNDICE

DEDICATORIA

ÍNDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1:

DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD

1.1. Los derechos del niño son derechos humanos	1
1.2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	2
1.3. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella	2
1.4. Patria Potestad.....	4
1.5. La responsabilidad parental o la mal llamada patria potestad.....	5
1.6. Derechos inherentes a la patria potestad.....	6
1.7. Suspensión, extinción y renuncia de la patria potestad.....	9
1.8. Tenencia.....	12
1.9. Interés superior del niño.....	17
1.9.1. Fundamento filosófico.....	17
1.9.2. Antecedentes del interés superior del niño	18
1.9.3. Definición de interés superior del niño	19
1.9.4. El interés superior del niño como "principio garantista"	20
1.9.5. Interés superior de la infancia	21
1.9.6. Interés superior del niño en la ley peruana	23
1.9.7. Accionar del estado basado en el Interés superior del niño	25

CAPÍTULO 2

SUSTRACCIÓN DE MENOR

2.1. Descripción legal.....	29
2.2. Bien jurídico protegido	31
2.3. Tipicidad objetiva.....	31
2.4. Tipicidad subjetiva	33
2.5. Tentativa y consumación	34
2.6. Participación.....	34
2.7. Pena	34

2.8. Derecho Comparado	35
------------------------------	----

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

3.1. Resultados	38
3.2. Discusión.....	58
3.2.1. La sustracción al menor y los derechos inherentes a la patria potestad.....	58
3.2.2. Falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor	61
3.2.3. Actualmente existe Impunidad en el delito de sustracción del menor.....	67
3.2.4. Falta la recepción de la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad.....	68
3.2.5. Falta de medidas coercitivas para proteger a las víctimas.....	70
3.2.6. El delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente	73
3.2.7. Los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia.....	75
3.2.8. Vulneración al derecho a tener una familia y no ser separado de ella.....	77
3.2.9. Vulneración al Derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.....	80
3.2.10. Vulneración del Principio de protección especial del niño.....	81
3.2.11. Vulneración del Derecho al desarrollo armónico e integral del niño	82
3.2.12. La protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres.....	83
3.2.13. Falta de idónea prestación de garantías al bien jurídico “patria potestad	84
3.2.14. Nueva configuración de la patria potestad	85

CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

- A-1. Instrumentos de recolección de datos
- A.2. Matriz de consistencia
- A.3. Ficha de las encuestas

RESUMEN

La presente tesis tiene como unidad temática la incidencia de la protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y su relación con el delito de sustracción de menor de edad, investigación realizada en el departamento de Arequipa, durante los años 2015-2016. Utilizando entre otras técnicas de recolección de datos: la encuesta y entrevista a los abogados y operadores jurídicos de la especialidad de Familia y Penal, que son conocedores de las falencias y vacíos en torno a la configuración del delito de sustracción de menor de edad, como la falta de profundidad del estudio del delito, configuración anacrónica, impunidad en la aplicación de la pena, la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad no recepcionada en el delito de sustracción de menor de edad, la falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura, considerando que el del delito de sustracción de menores constituye un tipo penal insuficiente.

INTRODUCCIÓN

La familia, como bien lo afirma Zanoni: “es, ante todo, una institución social. En su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco¹”. Dicha institución, no está exenta de sufrir problemas, la más común es el divorcio, el quiebre de la relación conyugal, donde la parte más perjudicada son los hijos. Es de resaltar que dentro de la relación conyugal, la ruptura o fin del matrimonio compete y es de responsabilidad de los cónyuges padres y no de los hijos, de manera que la ruptura de la relación conyugal no debería perjudicar a los hijos en su relación paterno filial con cada uno de los padres; sin embargo, la ruptura conyugal también afecta a los hijos por lo que debe buscarse que el perjuicio sea el menor posible. Como señala la norma sustantiva del menor “Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento²”

Cuando la judicatura de familia decide otorgar al niño a uno de los padres, el otro progenitor por diversos motivos decide sustraer al menor ya sea valiéndose de actos fraudulentos o engaño, mediante el uso de violencia (que es el más común) y aun con el aparente asentimiento del menor, este delito es sancionado drásticamente por nuestro derecho positivo. Así mismo la judicatura de familia tiene que intervenir. Es en esta etapa donde observamos una serie de falencias que ocasionan la vulneración de los derechos del niño y adolescente, perjuicio que incide en el principio rector del interés superior del niño, y los nuevos postulados de los derechos y deberes inherentes de la Patria Potestad, que no se toman en cuenta. De allí que nuestro problema principal sea: *¿En qué medida la falta de una protección idónea de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad incide en una inadecuada configuración del delito de sustracción de menor de edad?*

¹ E. ZANONI. *Derecho de familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. Tomo 1, 2ª. Edición. p. 9.

² Art. 81 del Código de los Niño y Adolescentes. Ley N° 27337. Lima. 21 de julio del 2000.

La investigación se delimitó en los casos ocurridos en la ciudad de Arequipa en los años 2015-2016. El objetivo general de nuestra investigación es *determinar qué derechos y deberes inherentes a la patria potestad deben ser regulados en el delito de sustracción de menor de edad*. Por ello nuestra hipótesis se plantea de la siguiente forma: *existiría relación significativa entre la falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y la configuración actual del delito de sustracción de menor de edad*.

Los objetivos específicos de nuestra investigación, son los siguientes: Analizar de qué manera se vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, debido a la falta de precisión del bien jurídico protegido del delito de sustracción de menor de edad; estudiar cómo se vulnera el derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, debido a la impunidad en el delito de sustracción; demostrar cómo se vulnera el principio de protección especial del niño, cuando no se ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad; demostrar cómo se vulnera el derecho al desarrollo armónico e integral del niño, por la falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura; estudiar cómo se vulnera el interés superior del niño, por tener el delito de sustracción de menor de edad un tipo penal insuficiente y finalmente, determinar el incumplimiento del ámbito de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad”, por los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia.

Estos objetivos se han delimitado, por situaciones que no han pasado desapercibidas por los conocedores de la problemática, y que también han sido advertidos por la investigadora en su experiencia en la judicatura de familia, desde donde se observa, que no se cumple con el tan promocionado, y difundido principio del interés superior del menor, este principio rector debe ser un parámetro fundamental en cualquier proceso y procedimientos donde estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes (hay que destacar la reciente **ley N° 30466** que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño) cualquier fallo o resolución que tome la judicatura de familia debe estar dicho principio, acorde con los Convenios y Tratados internacionales, que nuestro país también ha suscrito.

A lo largo de la investigación, se ha venido seleccionando una serie de situaciones perjudiciales, que se presentan en torno a la configuración del delito en nuestro derecho punitivo, tanto en el ámbito de la doctrina, como en la práctica, sobre todo en el tratamiento en aplicación de la pena, en esta búsqueda nos damos con la sorpresa, que estos problemas de índole penal, son superados por otros de índole civil, donde hay instituciones anacrónicas y que no están acorde con las nuevas posturas que tiene la doctrina y la experiencia comparada en torno a la familia, y en especial a instituciones tan relevantes como son la patria potestad y la tenencia.

Entre las falencias, limitaciones y carencias en el delito Sustracción de menor, tenemos las siguientes: *Falta de profundidad del estudio del delito*. Como señala Bermúdez “El delito de “sustracción del menor”, en la doctrina nacional y comparada, en la judicatura nacional y en el ámbito de la enseñanza jurídica se encuentra limitada a una breve referencia, tan breve que prácticamente pasa desapercibida³⁷ *Configuración anacrónica del delito de sustracción al menor*, porque estamos al desarrollo de un tipo penal que no está acorde a las novísimas teorías y desarrollo jurisprudencial en torno al bien jurídico protegido, como es la mal llamada patria potestad. *Impunidad en la aplicación de la pena*, se ha observado en los diferentes casos que han sido denunciados en la judicatura de la Primera, Segunda y Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Arequipa durante los años 2012 y 2013 (años que labore en la fiscalía), y las investigaciones que he venido haciendo actualmente, tomando como referencia los años 2014 y 2015, que casi en la totalidad de los casos, incoados, si bien es cierto se ordenan diferentes medidas para la protección del menor, medidas coercitivas, investigaciones sobre incidencia del delito de violencia familiar, y otras, se advierte que no hay una sanción efectiva al sujeto activo del delito, esto es uno de los progenitores, que muchas veces es intervenido en flagrancia, porque su accionar se configura como delito de sustracción al menor, obviando así que es el interés del Estado el que se eleva por encima de los de los particulares; quien, en ejercicio de su facultad punitiva, debe hacer prevalecer

³ M. BERMÚDEZ TAPIA *Análisis objetivo del delito de sustracción de menores en el código penal*. Lima. 2008. Recuperado el 29 de agosto del 2016 en www.alfonsozambrano.com/doctrina.../analisis_delito_sustraccion.doc, p.2.

su deber de perseguir y sancionar los delitos. *La nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad no recepcionada en el delito de sustracción.* La denominación “Patria Potestad, en la doctrina y en la legislación, desde nuestra óptica, no es correcta, siendo advertida, ya por la doctrina y por la legislación comparada. Como se aprecia en los últimos años, y sobre todo a partir de la dación en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay una nueva postura donde se deja de lado el inadecuado término de patria potestad, para establecer regímenes denominados “*responsabilidad parental*”. *Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura en el delito de sustracción al menor,* justamente por la falta de una sanción penal, y muchas veces, la libertad que goza el sujeto activo del delito, donde en la judicatura, solo se dicta mandato de comparecencia, vuelve a reincidir o mantiene una perturbación en torno al menor. El *delito de sustracción de menores constituye un tipo penal insuficiente.* El delito de sustracción de menor de edad constituye un tipo penal insuficiente en el ámbito de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad” y sobre todo del Principio del interés Superior del Niño, el cual corresponde a los dos progenitores, debido a los errores conceptuales tanto en el ámbito civil como penal constituyendo un elemento degenerativo de la tendencia jurisdiccional en el desarrollo del delito de sustracción de menor de edad. *Los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia,* Desde la perspectiva legal y de la jurisprudencia ordinaria el bien jurídico protegido en el delito de sustracción y rehusamiento de entrega del hijo, es el ejercicio de la tenencia en particular y no la Patria Potestad.

Todas las acciones descritas vulneran flagrantemente los principios protectores de la familia, el niño, niña y adolescente como los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, vulneración del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, vulneración del derecho a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, vulneración del principio de protección especial del niño, vulneración del derecho al desarrollo armónico e integral del niño, vulneración del interés superior del niño.

De lo expuesto, nuestra investigación se justifica, **Teórica**, porque la presente investigación se desarrolló en un marco teórico en donde se integró fundamentos del derecho de familia, penal y constitucional de dos instituciones relevantes, como es el

delito de sustracción al menor y los derechos inherentes a la patria potestad, tenencia y el interés superior del niño. Marco teórico de las instituciones civiles relacionadas con la comisión del delito, que hoy en día, presenta un contenido diferente, de la que fue concebido el delito de sustracción al menor por el legislador de 1991. **Práctica.** La Línea de Investigación se justifica, por abordar en forma directa la problemática y presencia de limitaciones, dificultades, carencias en torno al delito de sustracción de menor de edad y los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. La presente tesis plantea que se utilice mecanismos adecuados para solucionar dicha problemática. Como hemos resaltado existe legislación, jurisprudencia que requiere ser modificada, sobre la base de los parámetros constitucionales, debido proceso, tutela judicial efectiva, pero sobre todo a la lógica natural en pro de los más perjudicados. **Metodológica.** Nuestra investigación, propone una nueva estrategia para generar conocimiento válido y confiable sobre *“La Protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el Delito de sustracción de menor”*. *Judicatura de Arequipa. 2015-2016*” así mismo, servirá de base para el desarrollo de otras tesis.

El presente trabajo es una investigación Descriptivo - Explicativo. La problemática, el análisis y las conclusiones que presentamos, está en base al análisis de casos, revisión de la literatura especializada, experiencia comparada, adicionado a la encuesta y entrevista a los abogados, Fiscales de familia y penal, así como a los operadores jurídicos conocedores de los efectos del delito de sustracción de menor de edad de la judicatura de Arequipa.

CAPITULO 1:

DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD

1.1. LOS DERECHOS DEL NIÑO SON DERECHOS HUMANOS

Iniciemos el desarrollo temático de nuestra investigación, destacando el eje principal donde se desenvuelve nuestra problemática, que es el niño, niña y adolescente. Como señala Placido⁴ “Los derechos humanos hoy en día, no solo se encuentran consagrados en las constituciones, leyes y demás normas del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino fundamentalmente en la normativa internacional. En este sentido, además de costumbres y principios generales del Derecho, existen numerosos tratados internacionales y declaraciones elaboradas en el ámbito de ciertas organizaciones internacionales que consagran derechos fundamentales de la persona y establecen mecanismos para su protección”. Sobre la relación Derechos humanos y la convención del niño señala Cillero⁵ que: “Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección”. Uno de estos grupos es la

⁴ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, (2008) El derecho a cuidar y ser cuidado: la coparentalidad o tenencia compartida. Recuperado el 22 de Julio del 2016 en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/12/05/el-derecho-a-cuidar-y-ser-cuidado-la-coparentalidad-o-tenencia-compartida/>. p,9

⁵ M. CILLERO BRUÑOL, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. De Palma. Buenos Aires, 1999. 3ª ed. p,11

infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño. Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos” De lo expuesto por Cillero, destacamos que no existen requisitos o condiciones especiales, los derechos del niño se aplican a todos por igual, y es el Estado la institución llamada a hacer cumplir los derechos-prestación que contempla. Los instrumentos internacionales, como la convención del niño, van a señalar los principios rectores, en este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar -desde una perspectiva diferente- las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

1.2. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Es pertinente, para nuestra investigación, destacar este instrumento que le otorga derechos al niño de acuerdo a los nuevos parámetros del moderno derecho de familia, y obliga a los estados prácticas y políticas orientadas a dicha protección. Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño y a nuestra legislación interna, se tiene que respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su propio interés superior.

1.3. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA.

Un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes es tener una familia y no ser separado de ella, éste incluye expresamente los derechos a la protección, que deben

dar los padres a sus hijos, así como el amor y cuidados que se tiene en razón al vínculo de parentesco que existe entre ambos, garantizando las condiciones materiales de subsistencia.

El Tribunal Constitucional, se pronuncia al respecto destacando el derecho del niño a tener una familia, el mismo que se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así también en el artículo 9.1, establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”. En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia⁶⁷”.

Como vemos este derecho, en el caso de nuestra investigación, es el derecho más vulnerado, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos es el factor esencial de la vida en familia, y si dichos padres están separados, impone que dicha convivencia familiar, esté garantizada. Como hemos visto, en el ordenamiento nacional e internacional, la familia es la institución llamada a proporcionar el desarrollo y bienestar del niño. De allí la importancia que tienen las decisiones en torno al niño, niña u adolescente, sobre todo cuando involucren alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho. En el caso de la sustracción del menor, es una decisión unilateral, de quienes justamente están llamados a velar por su protección integral, no dándose cuenta que su accionar lesiona el interés superior del niño. Los “actos” configuradores del tipo penal del delito de sustracción de menor de edad, los cuales son: “la sustracción” y el “rehusamiento de entrega”, inciden en la vulneración de derechos como a la salud, integridad, estabilidad, desarrollo y tantos otros derechos que están inmersos en el bienestar del niño. Se dispone que el niño pueda ser separado de sus padres, contra su voluntad, cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de

⁶ STC. Exp. N.º EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, del 7 de enero del 2001. F.J. 14.

aquél. Estamos hablando de una decisión excepcional y rigurosamente justificada por el interés superior del niño, de allí que la comisión del delito de sustracción tenga efectos dañinos por el accionar muchas veces violento del sujeto activo de delito. Por ello, acertadamente, precisa el tribunal constitucional que: “El Derecho a tener una familia y no ser separado de ella, se lesiona cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia⁷”.

1.4. PATRIA POTESTAD.

En general, tanto en la doctrina, como en la legislación comparada, la patria potestad se concibe como la capacidad legal que asiste a ambos padres para velar por la salud, educación, bienestar, moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos o la tutela que corresponde a los progenitores respecto de sus hijos, función tuitiva que se despliega en el ámbito personal y patrimonial.

Varsi por su parte nos dice: “la Patria Potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial. Se deriva de ella. De manera tal que el término filiación implica, de por sí Patria Potestad, ya que ésta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos, de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin Patria Potestad (en los casos extinción, suspensión de la misma) pero no puede haber Patria Potestad sin filiación⁸”

⁷ STC. Exp. N.º EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, del 7 de enero del 2001. F.J. 17.

⁸ E. VARSI ROSPIGLOSI, *Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones de hecho*. Gaceta Jurídica. Lima. 2ª ed. 2012. p,5

En las diferentes legislaciones tenemos: El art. 264 del CC de **Argentina** que señala: *La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.* El art. 243 del CC de **Chile**, *La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados y se ejerce también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.* El art. 413 del CC **mexicano** que expresa: *La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.* El art. 154 del CC **español**, por su parte, prescribe *La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica y que comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y 2º Representarlos y administrar sus bienes.*

1.5. RESPONSABILIDAD PARENTAL, AUTORIDAD PARENTAL O LA MAL LLAMADA PATRIA POTESTAD

Surge la interrogante *¿es correcta la denominación “Patria Potestad”?* en la doctrina y en la legislación, desde nuestra óptica, no es correcta, siendo advertida, desde el análisis que hacen los diferentes autores. Como se aprecia en los últimos años, y sobre todo a partir de la dación, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay una nueva postura donde se deja de lado el inadecuado término de patria potestad, para establecer regímenes denominados de "responsabilidad parental". Tenemos el caso de Argentina, el cual estableció un sistema de *responsabilidad parental*, desde la vigencia en el 2015 del Código Civil y Comercial, descartando el anacrónico sistema de patria potestad, que había estado vigente desde tiempos coloniales.

Nuestro código civil de 1984, lo define “*el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*” Advierte Fernández que tal denominación, para lo que debe entenderse como un deber de cuidado y protección de los hijos, durante su niñez y adolescencia resulta impropia, dado que connota el ejercicio de poder y jerarquía,

que no son deseables en una estructura familiar, y más bien se condicen con un orden patriarcal⁹”

Hay que agregar que la patria potestad fue concebida, desde la perspectiva masculina, en el Derecho romano, en el cual se estableció el poder exclusivo del padre (pater familiae) sobre los hijos, integrándose con el poder que el pater familiae también ejercía sobre su esposa y sus esclavos. A partir de la dación, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, existe una tendencia a abandonar definitivamente los regímenes que aún quedan de patria potestad. Con este instrumento internacional, hemos pasado de la doctrina de la situación irregular a la protección integral, donde el rol de los progenitores en relación al cuidado de los hijos tiene una connotación diferente a la tradicional que señala la patria potestad.

1.6. DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD

De acuerdo al *Artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes*, son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente (Literal derogado por la segunda disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N°30403, pub 30/12/2015).
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;

⁹ M. FERNÁNDEZ REVOREDO, *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. PUCP-Fondo Editorial. Lima., 2013. 1ª ed. p,188

- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran;
- i) Tratándose de productos se estará a lo dispuesto en el artículo 1004° del Código Civil.

Pero, ¿a quiénes les corresponde la patria potestad, quién ejerce los derechos que señala el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes? Señala el código civil, que la patria potestad viene conferida por la naturaleza y por la ley a los padres; sin embargo, no siempre es posible que ambos la ejerzan dependiendo esto de diversas causas y motivos entre ellos, de la calidad de la filiación, según sea ésta matrimonial o extramatrimonial. De esta manera, si ambos padres son casados y convivientes normalmente, la patria potestad compete a ambos padres, quienes ejercen conjunta y simultáneamente la misma. Como no siempre ha de ser posible la plena coincidencia entre ambos padres esto, es, que si hay desacuerdo, compete al juez decidir.

La patria potestad constituye una fuente fecunda de derechos y obligaciones a favor y a cargo tanto de los padres, como de los hijos. Veamos primero cuáles son los **derechos** que la patria potestad concede a los hijos: Se estima que el fundamental ha de ser aquello mismo que constituye la **obligación** fundamental de sus padres: derecho a ser alimentados y educados por éstos.

Respecto al ejercicio de la Patria Potestad de los hijos dentro del matrimonio, Chunga señala que se ejerce conjuntamente con el padre y la madre en relación con los hijos matrimoniales: en caso de separación de cuerpos de divorcio o de invalidación del matrimonio, por el cónyuge a quien se confían los hijos. En relación con los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el Juez de los Niños y Adolescentes determinarán a quien corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo a las circunstancias de vivir juntos o separados los padres y en todo caso al interés superior del niño¹⁰.

La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales, de acuerdo al artículo 421° del código civil, este señala que: “se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a

¹⁰ F. CHUNGA LA MONJA, *Derecho de Menores*. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2000. 4ª ed. p.155

quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre, aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad”

Nuestro Código Civil, regula un sistema de patria potestad conjunta, con recurso judicial en caso de desacuerdo. Ello se basa, también, en el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, previsto en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dentro de este sistema, la mayor dilación que puede ocasionar la actuación conjunta de ambos padres se salva mediante la posibilidad de la actuación de uno de ellos con el asentimiento expreso o tácito del otro. Sin embargo, ni el Código Civil ni el Código de los Niños y Adolescentes regula correctamente este sistema. Compartimos con Plácido “Critizando el sistema actual, de entrada, no es admisible referir el ejercicio de la patria potestad al origen de la filiación, por cuanto se contraviene la disposición constitucional de no discriminación de los hijos por razón del nacimiento. Las normas deben estar dirigidas a regular el ejercicio de la patria potestad de los padres, con prescindencia de si son o no casados. En tal virtud y en situación normal de convivencia, basta con reconocer que, en el ejercicio conjunto de la patria potestad, los padres deberán tener en cuenta las opiniones de sus hijos en función de su edad y madurez, antes de adoptar decisiones que les afecten; sean éstos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos¹¹”.

Los principales **derechos de carácter patrimonial de los hijos** sometido a la patria potestad son los siguientes:

1. Puede obtener bienes a título gratuito, sin la intervención de los padres, si es capaz de discernimiento (Art. 511° del Código Civil, el cual fue derogado). El C.C. vigente establece que puede aceptar: donaciones y legados y herencias voluntarias, siempre que sean puras y simples (no condicionales, ni con cargo - se entiende) sin intervención de sus padres (Art. 455 dentro del Título de Patria

¹¹ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA *Comentarios al Código Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2005. 2ª ed. p, 139.

Potestad, que es el lugar que técnicamente corresponde a este precepto). Es requisito que el menor tenga discernimiento.

2. Puede ejercer derechos estrictamente personales, que diríamos, impone las necesidades de la vida ordinaria.
3. El menor que tenga más de 16 años (incapaz relativo de ejercicio) puede contraer obligaciones o también renunciar derechos, siempre que los padres, que ejerzan la patria potestad, autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. Si el acto realizado por este menor de 16 años, no fuera ni autorizado, ni ratificado, surgirá a cargo del menor, la obligación de restituir la suma que se hubiera convertido en su provecho, -como dice textualmente el numeral 456.

1.7. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Sotomarino justifica “que la patria potestad, crea lazos de afecto pero también genera abusos por parte de los mismos progenitores y por terceros. De hecho, hay una fragilidad para la defensa directa, todo lo cual ha llevado a estructurar la teoría de la protección integral que sustenta la puesta en marcha de instrumentos jurídicos diversos con principios garantistas¹²”

Jurídicamente no es posible el convenio y renuncia de la Patria Potestad. La Patria Potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. No puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres. La Patria Potestad es una institución reguladora de la relación paterno-filial, no pudiendo ser objeto de convenio o renuncia por los padres.

La **suspensión y extinción de la Patria Potestad** es una sanción para los progenitores que no cumplen con las obligaciones establecidas en la ley en desmedro del bienestar de los hijos; se produce generalmente por negarse a prestar alimentos a los hijos o por maltratarlos.

¹² R. SOTOMARINO CÁCERES *Comentarios al Código Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2005. 2ª ed. p. 99

- **Suspensión**

Compartimos con Sotomarino que “la **asignación de la titularidad** y, por esa vía, del ejercicio de la patria potestad, tienen en el caso del artículo 420 un origen natural, derivado de la **procreación y del matrimonio de los padres**. Los supuestos de dicho artículo están referidos a una situación de conflicto: el resquebrajamiento del matrimonio sea por la separación de cuerpos, el divorcio o la invalidación del vínculo matrimonial de los padres. Lo que D' ANTONIO denomina la sujeción de las voluntades al poder organizador que representaba la comunión de las adhesiones individuales, se ve sustancialmente afectada por las circunstancias antes descritas. La respuesta del legislador, consagrada en el artículo 420° del Código Civil, son: **a)** fijar la patria potestad a favor del padre o de la madre a quien se confían los hijos; y, **b)** suspender mientras tanto a la otra, en el ejercicio de la potestad que le correspondía de manera conjunta. La determinación del padre o la madre a quien se confían los hijos menores, orienta, por mandato expreso de la ley, el ejercicio de uno y la suspensión del otro en el ejercicio de la patria potestad¹³”.

En concordancia, con lo señalado líneas arriba, el artículo 75°, del código del niño y adolescente, señala que la Patria Potestad se suspende en los siguientes casos: **a)** Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil; **b)** Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre; **c)** Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan; **d)** Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad; **e)** Por maltratarlos física o mentalmente; **f)** Por negarse a prestarles alimentos; **g)** Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282° y 340° de Código Civil.

Como vemos el artículo 75° del Código del Niño y Adolescente, a diferencia del Código Civil de 1984, ha fijado criterios sobre la patria potestad en relación a su principal atributo, la tenencia, el régimen de visitas y otros de la relación paterno-filial. En ambas leyes sobre el mismo tema se observa una inadecuada armonización entre las reglas de la suspensión.

¹³ R SOTOMARINO.....Ob. Cit. p, 99

El mismo Sotomarino destaca que “Código de los Niños y Adolescentes, de manera posterior a la puesta en práctica del Código Civil, amplió las causas de suspensión de la patria potestad, introduciendo otras que no aparecían en el artículo 466° del referido Código Civil, no todas las causales involucran hechos ofensivos o criticables por parte de los padres para afirmar que en la suspensión siempre hay un reproche a la conducta del padre o de la madre sobre la cual se aplica¹⁴.

- **Extinción o pérdida de la Patria Potestad**

Sobre la Extinción o pérdida de la Patria Potestad, señala el artículo 77° que la Patria potestad se extingue o pierde: **a)** Por muerte de los padres o del hijo; **b)** Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad; **c)** Por declaración judicial de abandono; **d)** Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos; **e)** Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del Artículo 75°; y, **f)** Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46° del Código Civil.

La Extinción o pérdida de la Patria Potestad, tiene su fundamento, en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución.

En el inciso d), se encuentra previsto el supuesto fáctico de quienes son condenados por cualquier delito doloso cometido en agravio de sus hijos, por tanto, es perfectamente aceptable que quien cometa delito de sustracción del menor, pierda la patria potestad de éstos. Aunque este artículo está concebido y se aplica en los casos de agresión sexual, en el delito de sustracción de menor de edad también se ocasionan daños psicológicos irreversibles.

De acuerdo a lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, la restitución de la patria potestad se realiza en sede judicial. El artículo 78° del citado cuerpo de

¹⁴ R SOTOMARINO.....Ob. Cit. p, 103

leyes, establece «Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva».

Concordamos con Plácido, cuando dice: “por el principio de protección a la familia, el sistema jurídico tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento. (...) esta situación paternofilial exige que la relación se restablezca, recomponga, cuando ello convenga al interés superior de los hijos¹⁵”.

1.8. TENENCIA

Fuensanta citado por Garay señala que la tenencia se refiere a “aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el niño, niña o adolescente; por ello, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con los hijos¹⁶”. La judicatura civil, al respecto, se pronuncia: “la institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse éstos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño; esencialmente atendiendo a consideraciones que resulten favorables para éste, anteponiendo a cualquier otra consideración su bienestar, como lo taxativa la norma del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes; de modo que para el caso de determinarse cuál de los padres tendrá la tenencia”¹⁷. Todos los preceptos señalados con relación a la tenencia fuerzan a una elección entre el padre y la madre, opción que pueden realizar los propios interesados o en su defecto el tribunal a base de ciertos principios rectores que han sido contruidos, teniendo en cuenta el prevalente interés del hijo.

Sobre la Tenencia compartida, frente al tradicional modelo unipersonal o exclusivo de la tenencia o custodia y cuidado de los hijos, se alza un nuevo modelo edificado sobre el principio de la coparentalidad que corresponde a una tenencia o guarda y cuidado

¹⁵ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima. 2002. 2ª edic.p.,318

¹⁶ A. GARAY MOLINA *Custodia de los hijos cuando dan fin al matrimonio* Editorial Grijley. Lima. 2009.p, 35

¹⁷ Exp. N° 01794-2010-0-1001-JR-FC-01. Cusco, el 19 de septiembre de 2014. Fj.1

compartido de los hijos. Para el jurista argentino, Grosman, la expresión “guarda” tiene varios significados pero en éste caso se considera como el “Tener al hijo o hija consigo”, o sea, el derecho de convivir con el hijo o hija. Mientras que la referencia a “cuidado del hijo o hija”, alude a todas las tareas y funciones necesarias para la crianza y educación del niño o niña¹⁸”.

Al respecto esbozo el siguiente concepto de tenencia compartida: *El ejercicio común de la autoridad parental y la responsabilidad entre los progenitores, que se encuentran separados en relación a los hijos en todo cuanto concierne a ellos, a que sus padres se encuentren en continua convivencia con sus hijos, y procurando la mayor satisfacción de sus necesidades y de forma coherente, ambos padres optar por una relación solidaria de ex esposos, pero aun socios parentales.* Dicho concepto permitirá valorar la coparentabilidad como el modelo o forma idónea de los padres separados de participar en el desarrollo integral de sus hijos.

Dicho concepto permitirá valorar la coparentabilidad como el modelo o forma idónea de los padres separados de participar en el desarrollo integral de sus hijos. Sobre las Modalidades de la Coparentalidad, de la revisión de la literatura podemos apreciar que existen tantas modalidades de Coparentalidad como se pretenda, ya decía que es bien difícil acotar la realidad. Cada caso es muy particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc.

La doctrina ha determinado la existencia de tres TIPOS DE TENENCIA que son:

La Tenencia Unipersonal.- Se dice que hay tenencia unipersonal cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo de hecho a su cuidado.

La Tenencia Compartida. - En este tipo de tenencia corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas

¹⁸ C. GROSMAN *La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia.* Buenos Aires. Revista La Ley. 1984. p. 112.

que se deben tomar en cuenta, como por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su madre.

La Tenencia Negativa.- Es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad. La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él.

Otras clasificaciones de tenencia

TENENCIA POR MUTUO ACUERDO Cuando se determina la tenencia del menor por acuerdo de ambos padres y no se llega a recurrir a ningún tercero¹⁹.

TENENCIA DE FACTO Tipos de tenencia una de hecho por mutuo acuerdo y otra de facto es decir por decisión unilateral. Los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresamente o tácitamente. Se puede decir que es expresa cuando el padre expresa su voluntad de dejar al menor, es tácita cuando los actos del otro padre indican que no quiere tener al menor²⁰.

TENENCIA DEFINITIVA Aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o de un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada. Los Centros de Conciliación Especializados en Familia tienen facultades de entregar Actas de Conciliación con autoridad de Cosa Juzgada. Las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades, también tienen facultad de entregar Actas de Conciliación con autoridad de cosa Juzgada

Determinación de la tenencia de los hijos.

Forma ordinaria.- Según el artículo 81 del CNA en los casos de separación de hecho de los padres la tenencia del hijo se determina de dos formas: De común acuerdo entre

¹⁹ F. CHUNGA LA MONJA, *Derecho de Menores*, Editorial Grijley. Lima. 2001. p, 350

²⁰ F. CHUNGA.....Ob. Cit. p, 351.

ellos y tomando en cuenta el parecer del niño; y, por decisión judicial, cuando no exista acuerdo o cuando éste sea perjudicial para el niño.

Por acuerdo común: son los mismos padres quienes deciden el destino de la tenencia del hijo, por lo general, lo hacen constar en un documento; este puede ser: un acta de conciliación extrajudicial; una propuesta de convenio en los casos de separación convencional y divorcio ulterior; un acta firmada ante Juez de Paz o cualquier otro documento privado o público que revele su existencia. Asimismo, es importante destacar que en estos documentos no se toma en cuenta el parecer del niño lo cual constituye una vulneración de la libertad a la opinión prevista en el artículo 9° del CNA, pues tienen derecho a expresarse sobre los asuntos que les afecten conforme también lo establece el artículo 85° de dicha norma especial. Los operadores del derecho deben verificar y exigir el cumplimiento de este requisito especialmente cuando se trate de niños de seis a más años de edad y de adolescentes.

Por decisión judicial: se presenta cuando no hay acuerdo de los padres; cuando se produce el divorcio o separación de cuerpos por causal, será el juez quien determine a qué progenitor (padre o madre) le corresponderá ejercer la tenencia, mientras que al otro le podrá asignar un régimen de visitas. El Juez debe salvaguardar el principio del Interés Superior del Niño y los requisitos especiales previstos en el artículo 64° del CNA.

Forma extraordinaria.- Aquí se encuentran los casos de padres o madres solteros y/o abandonados, quienes “de hecho” ejercen la tenencia de los hijos, ya que el otro o se ha desentendido o no ha podido o no ha querido tener a sus hijos a su cargo, no mediando acuerdo alguno sobre tenencia de los hijos ni decisión judicial.

Diferencia con la Patria Potestad

La jurisprudencia ha señalado que no debe confundirse la Patria Potestad con la tenencia; a diferencia de la primera, ha precisado que la tenencia tiene carácter

temporal, variable porque no rige el principio de cosa Juzgada ²¹ y susceptible de realizar actos de disposición sobre la misma. Por lo general, se presenta cuando existe separación física de los padres.

La **tenencia** es un atributo de la Patria Potestad, la que puede ser materia de convenio, el que no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al niño o adolescente. La **Patria Potestad** es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. No puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio, acto de disposición de los padres (*EXP. N° 826-97, 16/10/97 y EXP. N° 1844-97, 11/08/97*)).

El régimen de **tenencia** que regula el Código de los Niños y Adolescentes está referido al caso de los padres que se encuentran separados de hecho sin que exista acuerdo entre ellos, en cuyo caso el juez aplica reglas pertinentes que protegen al menor (*EXP. N° 787-97, 26/06/97*). ²²

La custodia o tenencia del hijo forma parte del contenido personal de la Patria Potestad, es su principal atributo. Es variable y temporal; puede desmembrarse de la Patria Potestad ya sea en forma ordinaria o legal -por acuerdo o convenio de los padres o por decisión judicial- y, en forma extraordinaria o ilegal -por decisión unilateral de uno de los progenitores o de los ascendientes del hijo menor de edad; en este último caso, éstos se incurre en responsabilidad penal.

En cambio, el ejercicio de la Patria Potestad, solamente puede ser privado por mandato judicial, a través de las figuras jurídicas de suspensión o pérdida reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes. No es posible el acuerdo ni convenio de los padres.

²¹ CASACIÓN N° 2773-2000-Ica, 27 de diciembre del 2000. Considerando quinto de la sentencia en. En: Diálogo con la Jurisprudencia, año 7, número 33, junio 2001, Lima, Gaceta Jurídica, S.A, p.16

²² En: Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, Derecho aplicado, Actualidad civil, Extractos de jurisprudencia civil, Tenencia y régimen de visitas, tomo 147, febrero 2006, p. 55.

1.9. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

1.9.1. Fundamento filosófico.

Para MacCormick, “la atribución de un derecho a determinada clase de seres parece exigir las siguientes presunciones: respecto a la clase en cuestión (en nuestro caso, niños), existe cierta acción u omisión (en nuestro caso, las acciones y omisiones que conllevan el cuidado, alimento y cariño) cuyo cumplimiento, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, satisfará, protegerá o mejorará cierta necesidad, interés o deseo de cada una de tales personas; y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería incorrecto negarla a cualquier persona independientemente de las ventajas ulteriores que ello supone²³”. Por lo tanto, LA NOCIÓN DE DERECHO DEBE SER REFORMULADA, CONFORME A LA TEORÍA DEL INTERÉS DE MACCORMICK, CON EL FIN DE INCLUIR A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO TITULARES DE LOS MISMOS.

Cillero destaca que el principio del interés superior del niño, recogido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es: En efecto "uno de los aportes de la Convención que extiende la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judiciales (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino además extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres. El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirijan hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior²⁴

²³ N. MACCORMICK “*Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho*”, en *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política*, Tecnos, Madrid. 1990. 1ª ed. p.133

²⁴ E. CILLERO *El Interés Superior del Niño...*, cit., p. 88

El reconocimiento por nuestro marco constitucional del principio especial de protección del niño, es por los siguientes factores: debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone a todos los actores de la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral”.

1.9.2. Antecedentes del interés superior del niño.

De acuerdo a Rodríguez “Como es sabido, el siglo xx atestiguó una serie de cambios relacionados con el proceso de reconocimiento y protección de los derechos de la infancia (sobre todo sus últimos años). Sin embargo, desde principios de ese siglo aparecieron eventos y acontecimientos significativos en esta materia, entre ellos, la expresión de principios cuyo objetivo era lograr acuerdos a nivel internacional para la protección de tales derechos, por ejemplo, en 1924, la Sociedad de Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal conocido como Declaración de Ginebra); más adelante, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptará la Declaración Universal de los Derechos del Niño²⁵”

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

De acuerdo a Gonzales con relación al concepto o término de “Interés Superior del Menor”, éste surge por primera vez en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo texto del artículo tercero señala que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas

²⁵ L. RODRÍGUEZ QUINTERO *Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas Consideraciones*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. 2011. 1ª ed. p, 57

o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor²⁶”

Ahora respecto al concepto de protección integral del niño tuvo su origen en el Estatuto del Niño y el Adolescente adoptado por Brasil en 1990, en una de las primeras normas jurídicas que dieron lugar a la implementación de la Convención de los Derechos del Niño. Una sección del documento describe la sucesiva oleada de reformas jurídicas que le siguieron, así como los nuevos códigos que incorporaron la doctrina de la protección integral.

1.9.3. Definición de interés superior del niño.

Como su mismo nombre lo dice, el interés superior del niño debe primar en todos los procesos o litigios donde esté inmerso el niño, niña o adolescente. Precisa Zumaquero, citado por Gonzales que “el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance debe ser determinado en cada caso concreto. Es un concepto que ha sido adoptado en la legislación mexicana, pero aun así, como decimos, no es posible, ni deseable, elaborar una definición ya que “su alcance variará en atención a la legislación de la que se trate, al derecho en sí que se ejercite, o bien, a las circunstancias personales del menor respecto del cual se vela por su interés²⁷”. En términos muy amplios podríamos decir que el concepto de interés superior del menor se refiere a las acciones y procesos tendientes a garantizar a niños, niñas y adolescentes un desarrollo y protección integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible”²⁸

²⁶ N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Convivencia paterno-materna filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. 2011. p, 27

²⁷ N. GONZÁLEZ.....Ob. Cit. p, 28

²⁸ N. GONZÁLEZ.....Ob. Cit. p, 36

Placido por su parte señala que: “El principio del interés superior del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales. En aplicación de ello, se llegará a modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector; así como, permitirá la **interpretación** de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables. Igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico; solucionando, de esta manera, la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, “el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”. Sin embargo, la calificación de “superior” en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia, dentro de una lógica de integración. En todo caso, se busca destacar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Se trata de determinar la preeminencia de los derechos de la infancia en su confrontación con otros derechos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pueda resultar tal situación. Al efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra una tutela genérica y abierta, mediante la cual el interés del niño encontrará reconocimiento en cada caso concreto²⁹”

1.9.4. El interés superior del niño como "principio garantista".

“La Convención contiene "principios" -que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de

²⁹ A. PLACIDO VILCACHAGUA *El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional* Lima. 2009. Recuperado el 29 de Setiembre del 2016 en <https://codigodelnna.wikispaces.com/.../EL+INTERÉS+SUPERIOR+DEL>

efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3)³⁰”

El artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”

Como señala Cillero “En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen³¹”

1.9.5. Interés superior de la infancia

Se refiere al mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos humanos de la niñez, de ahí que ni el juez, padre o madre, puedan ejercer autoridad respecto de un niño o niña de manera que viole uno o más de sus derechos.

Alessandro Baratta, citado por Rodríguez señala que: “éste debe estar presente en el diseño entero de una sociedad democrática en que las niñas, niños y

³⁰ Cillero. Ob. Cit. p, 5

³¹ Cillero. Ob. Cit. p, 6

adolescentes dejen de estar sujetos a relaciones autocráticas en las distintas instancias de la sociedad (escuela, asociaciones, familia, etcétera), en las cuales participan como ciudadanos a medias”. Este principio se traduce en un conjunto de acciones y procesos que buscan como objetivo final el desarrollo integral de la infancia y su derecho a una vida digna y para lograrlo se tendrán que crear las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente, garantizándoles el máximo bienestar posible. Además, el interés superior de la infancia es un principio que establece estándares de medición en la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes. Derivado de su cumplimiento, se podrá afirmar o no que nuestro país cumple con los compromisos internacionales contraídos en materia de garantía y protección de los derechos de la infancia³²”

El comité de los Derecho del Niño, emitió la Observación General N° 14 (2013), donde establece pautas de evaluación y determinación del interés superior del niño, toda vez que como ella refiere “la flexibilidad del concepto del interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evaluación de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior ha sido utilizado abusivamente por gobierno y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas por ejemplo por los padres al defender sus propios intereses en la disputa por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia³³ “(Wong. 2016. p, 203)

La Observación General N° 14 del 2013, ha señalado como elementos que deben tomarse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación que se trate:

- La opinión del niño.
- La identidad del niño.

³² L. RODRÍGUEZ QUINTERO Ob. Cit. p, 57

³³ J. WONG ABAD, *Pautas para determinar el interés superior del niño en un caso concreto*. Actualidad Civil. Instituto Pacífico. Lima. Mayo 2016. Vol. 23.

- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- Cuidado, protección y seguridad del niño.
- Situación y vulnerabilidad.
- Derecho a la salud.
- Derecho a la educación.

1.9.6. Interés superior del niño en la ley peruana.

El principio del interés superior del niño, forma parte del bloque de constitucionalidad que recoge el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, constituyendo uno de los pilares, además de criterio rector, de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cuyo fundamento esencial es que toda decisión se justifique en el bienestar del niño, niña o adolescente involucrado en una controversia, cualquiera que fuera su naturaleza. En orden a lo expresado, resulta evidente que en los procesos, donde los padres pugnan por ejercer en forma exclusiva y excluyente, el cuidado y responsabilidad del hijo, dicho principio con mayor motivo debe ser la fuente inspiradora de la decisión, preservando el derecho de relación de los hijos, adoptando las medidas apropiadas al efecto.

La reciente **ley N° 30466** (Publicada el viernes 17 de junio de 2016) tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña o adolescente, obligando a que toda resolución o sentencia expedida en procedimiento o proceso, respete motivadamente dicho principio y norma, de acuerdo con la convención sobre los derechos del niño, la observación general 14 ya mencionada y el artículo IX del título preliminar del código de la especialidad, en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños, niñas o adolescentes.

Como parámetros de aplicación del interés superior del niño, establece, se considere:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.

2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Y de otro lado, como garantías procesales del interés superior del niño, se reconocen:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada.

1.9.7. . Accionar del estado basado en el Interés superior del niño.

“El interés superior del niño debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos [como es el caso del derecho al nombre] y así, permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades³⁴”

Manifiesta Ramírez que “ello implica que este principio como guía del accionar del Estado y la comunidad, ante cualquier caso de conflictos de derechos de igual rango, deberá dar prioridad al derecho en base al interés superior del niño, que prime sobre cualquier otro que pueda afectar los derechos del niño, en base a cualquier otro interés. Así el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos de los infantes; por tanto un derecho de un menor no puede estar sujeto al interés particular que tenga al respecto el padre o quienes ejercen la representación de menores”.

Como señala la judicatura civil al respecto: “Todas las medidas adoptadas en un proceso sobre tenencia deben estar basadas en el interés superior del menor, quien tiene derecho a desarrollarse íntegramente en el seno de una familia y de no ser separado de ella sino por circunstancias especiales establecidas en la ley, con la finalidad de protegerlos; ello en estricta aplicación de lo dispuesto por el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, así como los convenios internacionales ratificados por el Perú que constituyen el marco legal donde se desarrolla el derecho familiar y en el caso específico de la protección del menor basándose esencialmente en el interés superior del niño y del adolescente³⁵.”

Nos dice Placido que “Es evidente que el interés superior del niño, piedra angular en cualquier régimen de divorcio o tenencia, requiere el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres tras la separación de éstos. No es honesto afirmar que el interés superior del niño resulte bien servido por un régimen de divorcio, concebido como un cuadrilátero de boxeo en el que, durante los años

³⁴ OPINIÓN CONSULTIVA OC – 17/02 de la CIDH, Serie A No. 17. de fecha 28.08.2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños.

³⁵ EXP. N° 01794-2010-0-1001-JR-FC-01. Cusco, el 19 de septiembre de 2014. Fj.1

más delicados de su vida, el menor es testigo de un pugilato sin tregua entre sus padres³⁶” Entonces este principio rector del interés superior del niño, debe aplicarse en las decisiones en torno a la coparentabilidad, donde el juez previo diagnóstico, verifique que se respete los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, y busque que prevalezca su bienestar. Respecto al principio del interés superior del niño, regulado por la **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, fue recogido en nuestro ordenamiento por el Código de los Niños y Adolescentes, el cual en el **artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, el cual señala “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Así mismo lo encontramos en el artículo 78°, el cual establece que "el juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente". Este principio, supone ser aplicado en todos los asuntos que involucren al niño, niña o adolescente, en la medida que se proteja sus derechos, que como se ha demostrado, están consagrados no solo en la normatividad nacional sino también en la normatividad internacional, teniendo en cuenta además que el ámbito de aplicación de tan promocionado principio, que en virtud de esa consideración primordial que brinda al niño, es muy amplia.

Otro derecho primordial, respecto a nuestra investigación es el **Derecho al niño de ser oído**. Nos estamos refiriendo al niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y por los medios que elija, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. El derecho de participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en los que se analizan y adoptan decisiones en relación a su persona, o que les afectan,

³⁶ A. PLÁCIDO VILCACHAGUA. *Ahora sí: el principio de protección especial de la infancia y adolescencia*. Recuperado el 3 de Noviembre del 2016 en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/05/08/ahora-si-el-principio-de-proteccion-especial-de-la-infancia-y-adolescencia/>,p,9

está previsto expresamente en la Convención de los Derechos del Niño (art. 12). Es consecuencia directa del reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de las personas menores de 18 años y del principio de igualdad ante la ley. Su plena aplicación en los procesos judiciales individuales requiere la reinterpretación de nuestra ley interna a la luz de la normativa internacional mencionada, sobre la base que los derechos en ella reconocidos integran el ordenamiento constitucional.

Uno de los derechos específicos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño es el relativo al derecho del niño de expresar libremente su opinión, el cual también ha sido recepcionado por nuestra normatividad. Así, en su artículo 12 de la Convención se establece: *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*".

La norma de desarrollo legislativo, el Código de los Niños y Adolescente, también reconoce dicho derecho en los términos de su artículo 9: *"El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez"*. De acuerdo con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la determinación del contenido y alcance del derecho del niño a expresar libremente su opinión pasa por interpretar el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes conforme con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con este reconocimiento se impone al Estado la obligación de garantizar al niño no sólo el derecho a expresar libremente sus opiniones, sino también el derecho a que sus opiniones sean escuchadas y tenidas en cuenta, en todas las decisiones que lo afecten. Ello no importa un derecho a la autodeterminación, sino el de participar en la toma de decisiones.

A partir de la Convención, algunas sedes judiciales con competencia en familia han variado sus prácticas, y hemos sido testigos en el ámbito de la fiscalía sobre todo, que se ha optado entre diferentes alternativas, tales como:

- a) escuchar a los niños/as o adolescentes en audiencia, sin la presencia de las otras partes (que en general son sus progenitores u otros familiares) ni de sus defensores,
- b) hacerlo en presencia de los defensores de las otras partes,
- c) escucharlos/las en presencia de un defensor de los mismos, designado por la sede a esos efectos (con o sin presencia de los defensores de las otras partes)
- d) designarles un curador ad-litem que lo represente formalmente en juicio.
- e) designarles un defensor que los asesore durante todo o parte del procedimiento.
- f) designarles un curador ad litem que cumpla también las funciones de defensor.
- g) Finalmente, otros magistrados prefieren informarse respecto a la opinión de los niños a través de informes de técnicos de otras profesiones (psicólogo, asistente social, etc.)

Las soluciones también varían en función de la edad del niño/a o adolescente, y sus características específicas.

CAPITULO II

DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR.

2.1. DESCRIPCIÓN LEGAL.

Artículo derogado: Artículo 147.- *El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años*³⁷

Artículo vigente: “Artículo 147.- *El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.”*

³⁷ Artículo modificado por el Inc. a) del Artículo 1 de la Ley N° 28760, publicada el 14 junio 2006.

Artículo	Artículo vigente del Código Penal	Modificatoria de la Ley N° 28760
Artículo 147°.- Sustracción de Menor	“El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.	“El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. <u>La misma pena se aplicará al padre o a la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad</u> ”

Sobre los antecedentes de este artículo encontramos que en la edad media “En el Fuero Juzgo (Lib. VII, Título III, Ley 3º) se castigó el hecho de sustraer los hijos de los hombres libres de casa de sus padres. El culpable quedaba como siervo del hijo robado o debía pagar una pena pecuniaria. El mismo hecho, incriminado conjuntamente con el robo de siervos, es sancionado en las Partidas (Partículo VII, Título XIV, ley 22)³⁸”

El Código Penal Español de 1822 se refirió a este delito en su artículo 664, en los siguientes términos: "El que por fraude o violencia robare o hiciere robar algún menor, o le sacare o separare, o hiciere sacar o separar del lugar en que estaba puesto por las personas bajo cuya autoridad o dirección estaba, o a quien había sido confiado, será castigado con la pena de reclusión³⁹"

En **España** se regula en el artículo 225bis del Código Penal castiga con pena de dos a cuatro años de prisión al progenitor que cometiera secuestro parental, u obstaculizara de alguna forma el contacto de los menores con sus padres no convivientes.

En **Alemania**, el castigo asciende hasta cinco años de prisión efectiva para quien cometiere este delito, y si fuera un secuestro parental internacional, se ordena la captura internacional del padre secuestrador a través de Interpol.

³⁸ E. CUELLO CALON *Derecho Penal*. Barcelona. Bosch Casa Editorial. T. II, V. 2º, 14a Edición. 1982. p.750

³⁹ J. PACHECO, A. *El Código Penal Concordado y Comentado*. Edisofer. Madrid. 2000. p,

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Son los **derechos inherentes a la patria potestad**. Se quiebra por tanto la relación existente entre el menor y las personas que lo tienen en su guarda. Además es posible que se lesione o ponga en peligro la seguridad del menor sin que ello sea en absoluto, un requisito para la consumación del delito de sustracción de menores⁴⁰. El bien jurídico protegido en este tipo de delito es la familia, específicamente el ejercicio de la patria potestad de un menor; se entiende por patria potestad al conjunto de derechos que confiere la ley a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores con la finalidad, entre otras, de educarlos y protegerlos, siendo la tenencia un atributo de la patria potestad.

Precisar el contenido del bien jurídico protegido bajo esta rúbrica no es un tema que esté exento de discusión por parte de la doctrina.⁴¹ Según la sistemática del Código Penal y parte de la doctrina, serían delitos contra la familia, concretamente contra los derechos inherentes a la patria potestad, tutela o custodia de un menor. Esta interpretación considera que con estos delitos se quiebra la relación existente entre el menor y las personas que lo tienen bajo su guarda y custodia.

Para otro sector de la doctrina, señala que el bien jurídico protegido es la libertad del menor en un sentido amplio, especialmente su libertad ambulatoria -es indiferente la anuencia o no del menor-; si bien, es preciso reconocer que se afecta a otros bienes jurídicos, incluidos los referentes a la patria potestad.

2.3. TIPICIDAD OBJETIVA.

El sujeto activo es el pariente. Incluyéndose a los padres privados del ejercicio de la patria potestad. El sujeto pasivo es el que ejerce la patria potestad y el menor de edad.

El Sujeto activo puede ser cualquier pariente, incluidos los padres que hubiesen sido privados de la patria potestad. Sujeto pasivo es el menor, y, de manera

⁴⁰ J. CARBONELL MATEU. Derecho Penal. *Parte Especial*. Editorial Reus. Madrid. 1988. 3ª ed. p. 737.

⁴¹ L. BRAMONT ARIAS..... Ob. Cit. p, 435.

indirecta, quienes ejerzan sobre éste la patria potestad, la cual generalmente corresponderá a los padres, o al padre o madre, por separado. Bramont Arias, señala que “igualmente se señala su doble dimensión como derecho-deber y que cualquiera de estos ámbitos si es vulnerado, es pasible de provocar una denuncia penal”⁴².

El español Serrano nos dice que “el sujeto activo es la persona que teniendo la custodia de un menor o incapaz se niega a presentarlo a sus padres o guardadores. Sujeto pasivo es tanto al menor o incapaz como los padres guardadores que lo reclaman”⁴³.

La conducta típica consiste en sustraer al sujeto pasivo o rehusar entregarlo a quien ejerce la patria potestad sobre éste. Se entiende por *sustraer* toda acción destinada a apartar o separar a un menor de quien ejerce la patria potestad, realizada mediante el traslado del menor a un lugar distinto de aquél en el que se encuentra bajo el amparo de los que ejercen la patria potestad. Es totalmente indiferente si la sustracción se realiza con anuencia o no del menor. Eusebio Gómez considera que "la expresión genérica sustracción cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación porque, en realidad, por defecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas aunque no medie traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha".

El comportamiento consiste en *sustraer o rehusar entregar a un menor a quien ejerce sobre éste la patria potestad*.

Se entiende por sustraer toda acción destinada a apartar o separar a un menor de quien ejerce la patria potestad, realizada mediante el traslado del menor a un lugar distinto de aquél en el que se encuentra bajo el amparo de los que ejercen la patria potestad. Es totalmente indiferente si la sustracción se realiza con anuencia o no del menor.

Eusebio Gómez considera que "la expresión genérica sustracción cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación porque, en realidad, por defecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas

⁴² L. BRAMONT ARIAS..... Ob. Cit. p, 435.

⁴³ A. SERRANO GOMEZ *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Dickinson. Madrid. 9ª edic. p,332

expresadas aunque no medie traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha".

Por rehusar la entrega ha de interpretarse toda negativa del sujeto activo a poner - entregar- al menor en manos de los que ejercen la patria potestad. Presupuesto de este comportamiento es que el menor ya esté en poder del sujeto activo.

Indudablemente el legislador ha incurrido en error en la descripción del tipo penal en el segundo párrafo del artículo 147° CP, al confundir “tenencia” con “patria potestad”, que debe aclararse, porque puede generar una interpretación antojadiza en determinados casos.

De allí la importancia de un pronunciamiento a través de un acuerdo plenario o la dación de una nueva norma que contemple la aclaración de esta importante temática, el segundo párrafo del delito amplio a los sujetos activos y cabe la posibilidad de que se esté refiriendo a la tenencia.

2.4. TIPICIDAD SUBJETIVA.

Es el dolo. Se requiere necesariamente el dolo, esto es, la conciencia y voluntad de sustraer o rehusar la entrega del menor a quien ejerce la patria potestad. Señala Bermúdez⁴⁴ que nuestro sistema penal ha determinado que para que un agente encontrado culpable asuma una responsabilidad penal, debe haber configurado inicialmente la comisión de una “acción”. Para que se realice tal “acción”, este agente debe estar en pleno uso de sus facultades para así determinar una “conciencia” y “voluntad”.

Situación que nuestra jurisprudencia tanto ordinaria en la vía penal como constitucional lo ha confirmado, tal como se puede apreciar en la Jurisprudencia recaída en el **Expediente N° 010-2002-AI/TC**, Presidencia de Alva Orlandini, cuya sumilla es: “el principio de culpabilidad exige más que la simple afectación de

⁴⁴ M. BERMÚDEZ TAPIA *Análisis Objetivo Del Delito De Sustracción De Menores* En El Código Penal en www.alfonsozambrano.com/doctrina.../analisis_delito_sustraccion.doc

determinados bienes jurídicos”, reconociendo el axioma “no hay pena sin dolo o culpa”, el cual exige que el actor (agente activo) haya actuado con voluntad de afectar bienes jurídicos de los agentes pasivos”.

Este elemento de análisis se torna valiosísimo cuando analicemos la jurisprudencia “referencial” que hemos ubicado en la bibliografía, por cuanto no ha considerado el elemento del “dolo” en los imputados de delitos de sustracción de menores.

2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.

Para Salinas hay consumación del delito cuando aparecen todos los elementos del tipo penal, en ese sentido la *conducta de sustracción* del menor se perfecciona en el instante que el sujeto activo tiene en su poder o dominio al sujeto pasivo después de haberlo trasladado desde donde se encontraba, aquí cabe perfectamente la tentativa. En efecto estaremos ante la categoría de tentativa cuando sin derecho y explicación coherente una tía es sorprendida es sorprendida llevándose al menor a su domicilio. Por su parte, la *conducta de rehusar* la entrega del menor se perfecciona en el momento que ante el reclamo de los padres el sujeto activo tiene bajo su dominio al sujeto pasivo, se niega u omite tajantemente a entregarlo, resulta importante el reclamo verbal o escrito que deben hacer los padres. Si se determina que aquellos nunca lo reclamaron, no aparecerá el delito en sede, por tratarse de una figura de omisión es imposible la materialización de la tentativa⁴⁵

2.6. PARTICIPACIÓN.

El segundo párrafo del artículo 147° CP, señala que los ascendientes del progenitor calificado como agente activo, pueden ser catalogados como cómplices de este delito, al tener el término “otros ascendientes”.

2.7. PENA.

Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

⁴⁵ R SALINAS SICHA *Curso de Derecho Penal Peruano* Palestra Editores. Lima. 1998. 1ª edic. p, 98

La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.

2.8. DERECHO COMPARADO.

Denominado por diversas legislaciones: La sustracción parental, es una clase particular de secuestro donde un menor de edad es separado abruptamente y sin consentimiento de su sitio habitual de vida por uno de los padres (u otra persona que actúa por mandato de uno de los padres), alejándolo en forma permanente o transitoria del otro progenitor.

El secuestro parental es castigado de acuerdo a las leyes penales y civiles que puedan existir en cada país. En **algunos países islámicos** – por ejemplo – no existe como delito, ya que en estos casos, el varón es el único poseedor de todos los derechos sobre los hijos.

El **código penal argentino**, señala el artículo 146 del Código Penal de acuerdo con lo previsto por la ley 24.410, establece: "Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare".

El artículo que como se puede apreciar guarda una gran similitud con nuestra legislación enuncia tres acciones distintas: sustraer, retener y ocultar. Para la mayoría de la doctrina retención y ocultación están referidas a la acción de sustraer, es la acción en la que reside la esencia del delito. Así afirma: el núcleo de la figura del art. 146 no reside ni en la acción de retener al menor ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de una de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a qué obedece el precepto, que el niño haya sido robado.

Ahora surge una interrogante *¿la legislación penal argentina adolece del mismo problema que la normatividad peruana, respecto a la patria potestad?* La respuesta es negativa, ellos ya le dieron solución a la problemática, porque han modificado la

institución de la patria potestad, y sea remplazado por la institución denominada “Responsabilidad parental”, institución acorde con un ordenamiento jurídico familiar que ha sido alcanzado por el proceso de constitucionalización del derecho que no puede concebir a una institución como la patria potestad que es una institución que corresponde más a una sociedad patriarcal.

En **España**, en el año 2002 la Ley Orgánica 9/2002 introdujo un nuevo artículo 225 bis, el cual estableció un delito de sustracción de menores, pero muy distinto al que anteriormente había existido.

El actual artículo 225 bis del Código Penal Español reza de la siguiente forma: "1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a 10 años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3º Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas".

En **Chile** señala el texto actual del artículo 142 bis es el siguiente: "Si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de

cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores". El artículo 142 bis contiene una atenuante especial, la cual dispone: "Si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores". Esta atenuante especial se funda en razones político criminales, ya que busca incentivar que los agentes del delito de secuestro o sustracción de menores devuelvan a su víctima libre de daño, estando dispuesto el legislador a rebajar la pena en hasta dos grados. La exigencia "libre de todo daño" debe entenderse como exento del daño adicional al necesario para la comisión del delito, ya que de lo contrario esta atenuante sería inaplicable.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

3.1. Resultados

Tabla N° 1

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *Existiría relación significativa entre la configuración actual del delito de sustracción de menor y su incidencia en la vulneración de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	32	48
2	De acuerdo	23	42
3	Indeciso	3	-
4	En desacuerdo	2	7
5	Totalmente en desacuerdo.	2	3
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

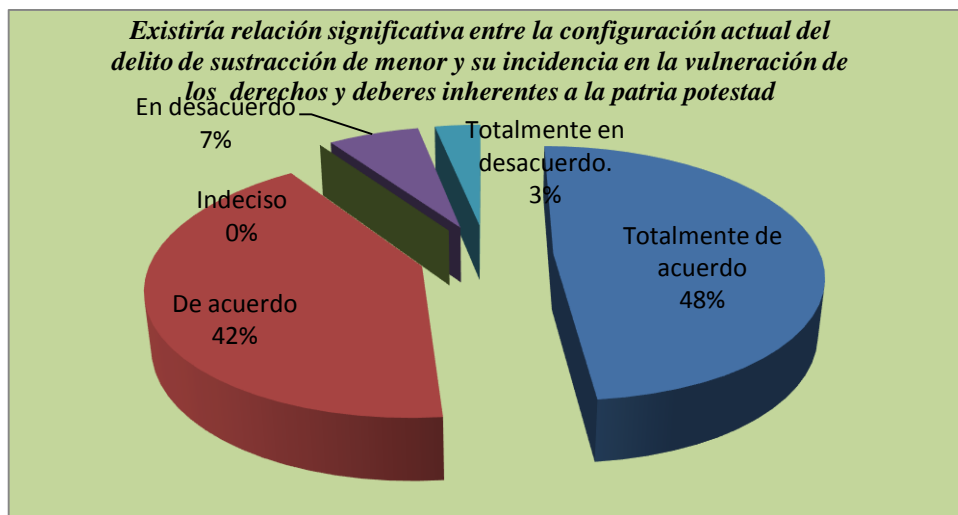


Figura 1. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Existiría relación significativa entre la configuración actual del delito de sustracción de menor y su incidencia en la vulneración de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

En la figura 1, de una encuesta realizada a 62 abogados y operadores jurídicos de las fiscalías Penales y de Familia de Arequipa, se puede apreciar que el 48% de los encuestados fueron de la opinión que están de acuerdo con la afirmación que existiría relación significativa entre la configuración actual del delito de sustracción de menor y su incidencia en la vulneración de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, adicionado a un 42 % que respalda tal afirmación con un sólido de acuerdo, encontramos respuesta negativa a la propuesta en un 7% que están en desacuerdo y un 3 % que están totalmente en desacuerdo, totalizando el 100% de la muestra.

Tabla N° 2

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: Existe falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor.

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	32	52
2	De acuerdo	23	37
3	Indeciso	3	5
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	2	3
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

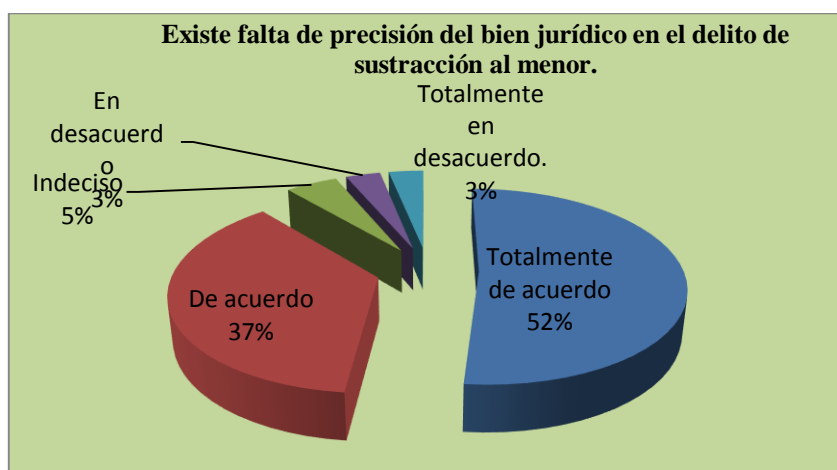


Figura 2. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Existe falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

Se desprende de la lectura porcentual de la figura N ° 2, que estamos al igual que la anterior pregunta con una respuesta mayoritaria ante la interrogante, que la falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor, un contundente totalmente de acuerdo (52%) unido a un 37%, que señala estar de acuerdo, una respuesta de 55 que señala que está indeciso, y en oposición aisladamente encontramos un desacuerdo (3%) y de igual manera un totalmente en desacuerdo (3%)

Tabla N° 3

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *¿Es correcta la afirmación que actualmente existe Impunidad en el delito de sustracción del menor?*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	36	58
2	De acuerdo	21	34
3	Indeciso	1	2
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	2	3
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

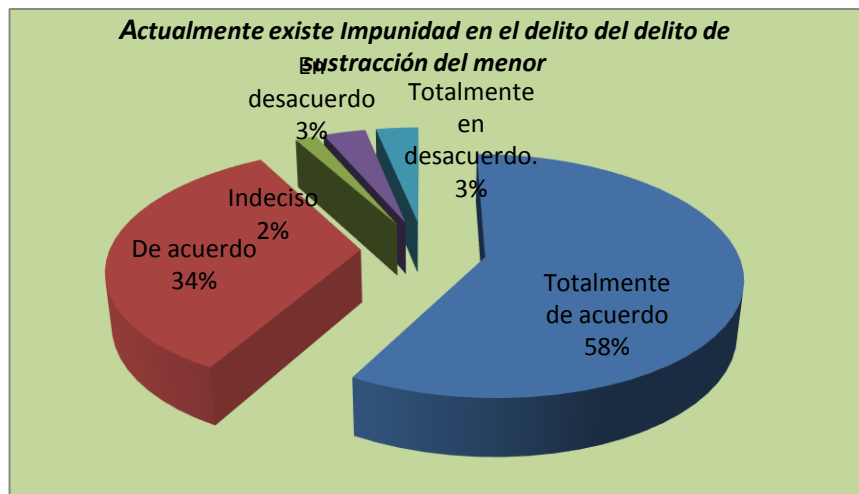


Figura 3. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Es correcta la afirmación que actualmente existe Impunidad en el delito de sustracción del menor?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

De la lectura porcentual de la figura N° 3, observamos que los encuestados, ante la premisa planteada, han contestado en un 58% que están totalmente de acuerdo que es correcta la afirmación que actualmente existe Impunidad en el delito de sustracción del menor, unido a un 34% que están de acuerdo, un aislado 2% que está indeciso, con una oposición negativa de no estar de acuerdo y totalmente en desacuerdo de 3% cada uno.

Tabla N° 4

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: Comparte la premisa que en el delito del delito de sustracción del menor, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad.

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	38	61
2	De acuerdo	20	32
3	Indeciso	2	3
4	En desacuerdo	1	2
5	Totalmente en desacuerdo.	1	2
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

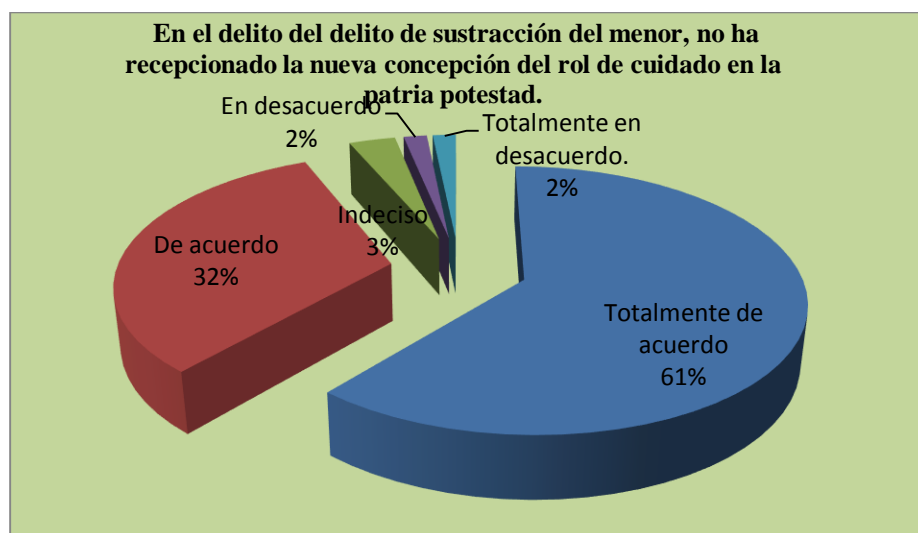


Figura 4. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Comparte la premisa que el delito de sustracción del menor, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

De la lectura porcentual de la figura N° 4, observamos que los encuestados, ante la premisa planteada, que el delito de sustracción del menor, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad, un 61% responde que está totalmente de acuerdo, respuesta que hay que adicionarle una opinión compartida, pero sin la misma relevancia de 32%, un 5% que responde que está indeciso, una opinión opuesta conformada por un totalmente en desacuerdo (2%) y desacuerdo (2%)

Tabla N° 5

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor.*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	36	58
2	De acuerdo	23	37
3	Indeciso	1	2
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	0	0
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

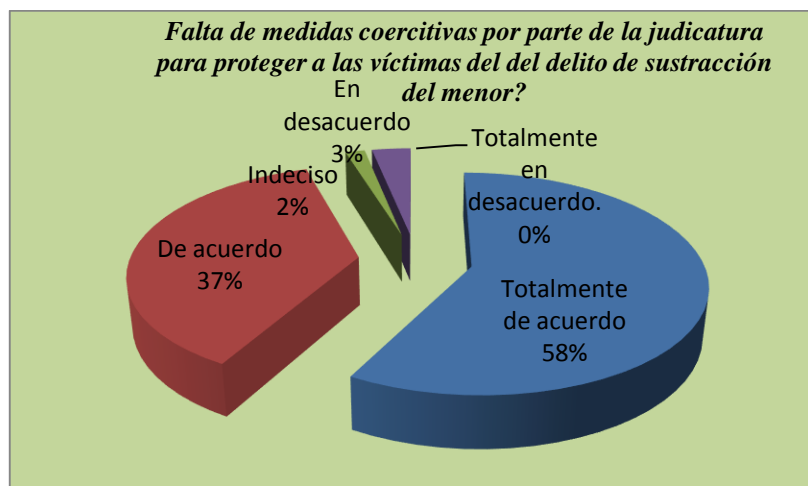


Figura 5. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

Según el Cuadro analítico No. 5, se observa que el 58% respondieron la alternativa totalmente de acuerdo, el 37% contestaron la opción de acuerdo, lo que nos indica que la mayoría de encuestados, ¿está de acuerdo usted, que la Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor?

Tabla N° 6

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *¿Comparte la afirmación que actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente?*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	30	49
2	De acuerdo	30	48
3	Indeciso	0	0
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	0	0
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

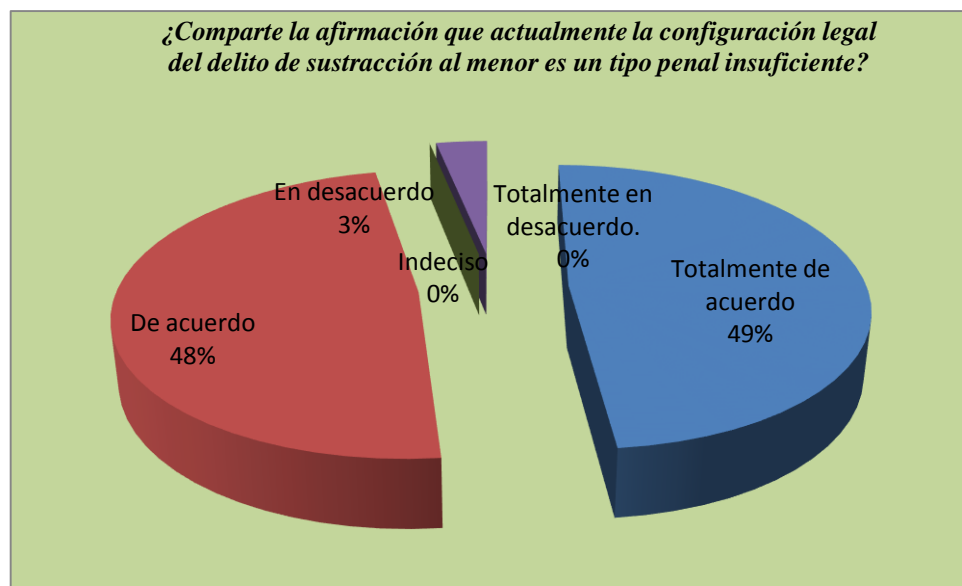


Figura 6. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: *¿Comparte la afirmación que actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente?*

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

Los encuestados, en una respuesta similar a las otras interrogantes, contestan casi en forma unánime un 49% que están totalmente de acuerdo y un 48 % que está de acuerdo, en la premisa de que actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente, encontramos un porcentaje mínimo, un 3% que señalan que están en desacuerdo con la propuesta.

Tabla N° 7

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *¿Es correcta la afirmación de que los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción del menor?*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	36	58
2	De acuerdo	24	39
3	Indeciso	2	3
4	En desacuerdo	0	0
5	Totalmente en desacuerdo.	0	0
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

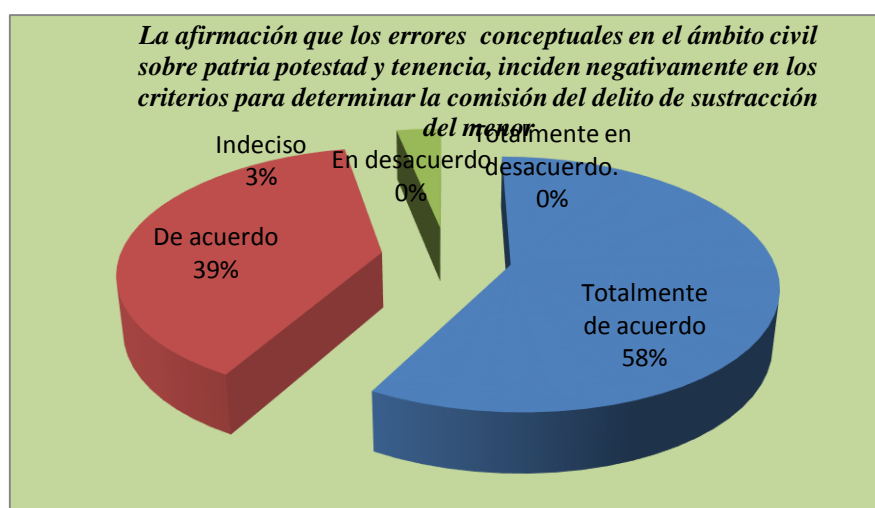


Figura 7. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Es correcta la afirmación que los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción del menor??

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

Según el Cuadro analítico No. 7, se observa que el 58% respondieron la alternativa totalmente de acuerdo, mientras que el 39% contestaron la opción de acuerdo; lo que nos indica que la mayoría de encuestados están de acuerdo que es correcta la afirmación de que los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción del menor, solo una posición aislada del 3% que respondió la alternativa indeciso.

Tabla N° 8

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *El delito de sustracción del menor, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	34	55
2	De acuerdo	24	39
3	Indeciso	1	1
4	En desacuerdo	3	5
5	Totalmente en desacuerdo.	0	0
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

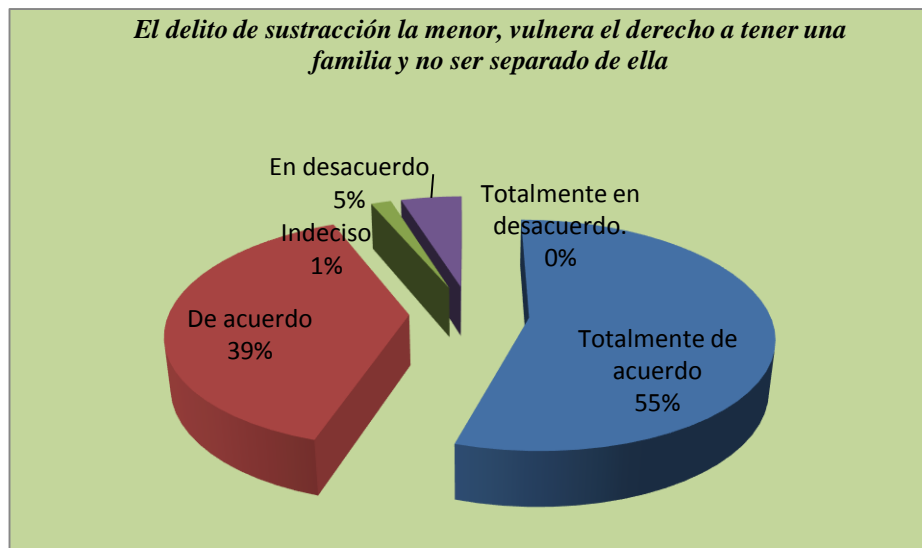


Figura 8. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿ El delito de sustracción del menor, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

En los resultados presentados en la aplicación de nuestro instrumento, observamos que ante esta interrogante sobre si el delito de sustracción de menor, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, responde un 55% que están totalmente de acuerdo y un 39% que responde que está de acuerdo en que el delito de sustracción la menor, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, una posición mínima de un 1% que declaro indeciso, y un 5% que responde que está en desacuerdo.

Tabla N° 9

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *¿De acuerdo a su experiencia, la inadecuada tipificación del delito de sustracción al menor, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material?*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	28	45
2	De acuerdo	28	45
3	Indeciso	3	5
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	1	2
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

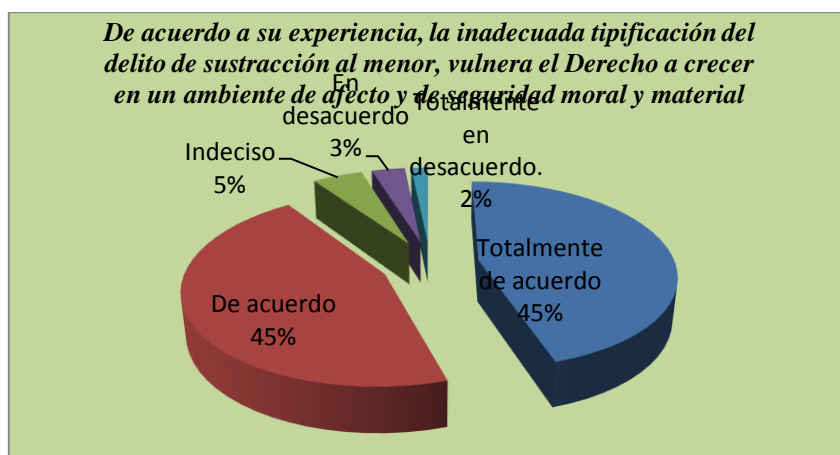


Figura 9. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: *¿De acuerdo a su experiencia, la inadecuada tipificación del delito de sustracción al menor, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material?*

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

En coherencia con las otras interrogantes, la respuesta es positiva por todos los encuestados, sobre la premisa que, la inadecuada tipificación del delito de sustracción al menor, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, un 45% responde que está totalmente de acuerdo y en la misma proporción estadística responde que están de acuerdo, un 5% responde la alternativa indeciso y una parte de los encuestados tiene un posición contraria, en desacuerdo (3%), un totalmente en desacuerdo responde en un 2%

Tabla N° 10

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *¿La permisibilidad en la sanción punitiva al sujeto activo del delito de sustracción al menor vulnera el Principio de protección especial del niño?*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	34	47
2	De acuerdo	34	47
3	Indeciso	0	0
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	2	3
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

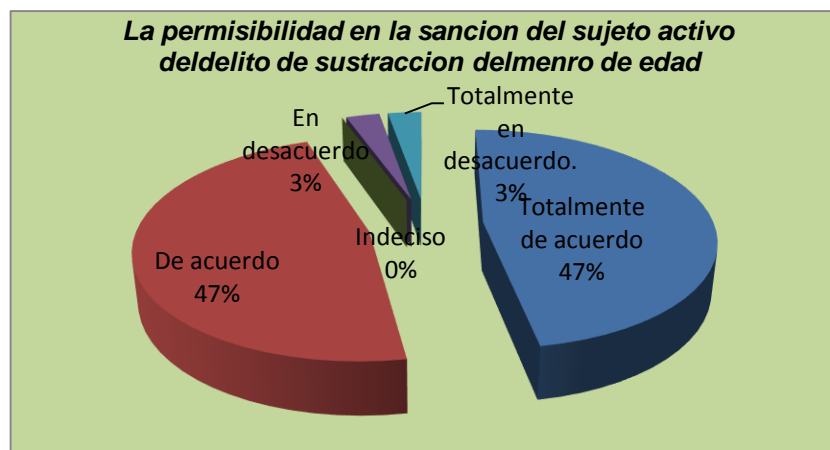


Figura 10. Distribución de frecuencias al cuestionamiento: *¿La permisibilidad en la sanción punitiva al sujeto activo del delito de sustracción al menor vulnera el Principio de protección especial del niño?*

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

Los resultados de la encuesta tiene la misma tendencia que las demás respuesta de los profesionales inmersos en la judicatura penal y de familia señalan en un 47% que están totalmente de acuerdo que la permisibilidad en la sanción punitiva al sujeto activo del delito de sustracción al menor vulnera el Principio de protección especial del niño, en el mismo porcentaje responde que están de acuerdo, la oposición a la propuesta es del 3% para totalmente en desacuerdo y en desacuerdo.

Tabla N° 11

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *¿Es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción del menor por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño?*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	34	55
2	De acuerdo	22	35
3	Indeciso	3	5
4	En desacuerdo	3	5
5	Totalmente en desacuerdo.	0	0
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

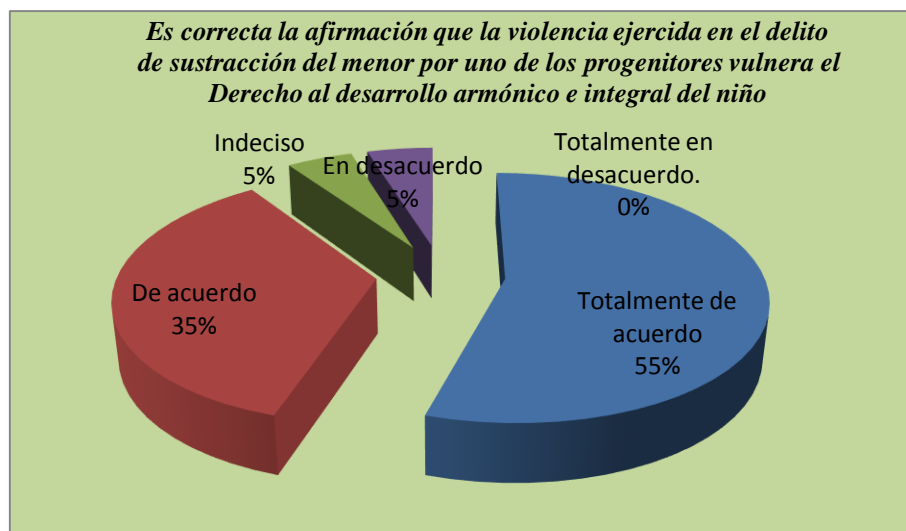


Figura 11: Distribución de frecuencias al cuestionamiento: ¿Es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción del menor por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

La interrogante planteada tiene una respuesta totalmente positiva, un 55% responde que está totalmente de acuerdo que es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción del menor por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño, se une un 35% que responde que está de acuerdo, una posición de indeciso responde en un 5%, y una respuesta negativa de 5% señala que no está de acuerdo.

Tabla N° 12

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *Está de acuerdo con la afirmación, que el interés de los padres no es superior al del niño, cuando entran en conflicto, la judicatura penal debe en sus resoluciones, otorgar una protección sumaria al niño, teniendo siempre como premisa que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres.*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	38	61
2	De acuerdo	20	32
3	Indeciso	2	3
4	En desacuerdo	1	2
5	Totalmente en desacuerdo.	1	2
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

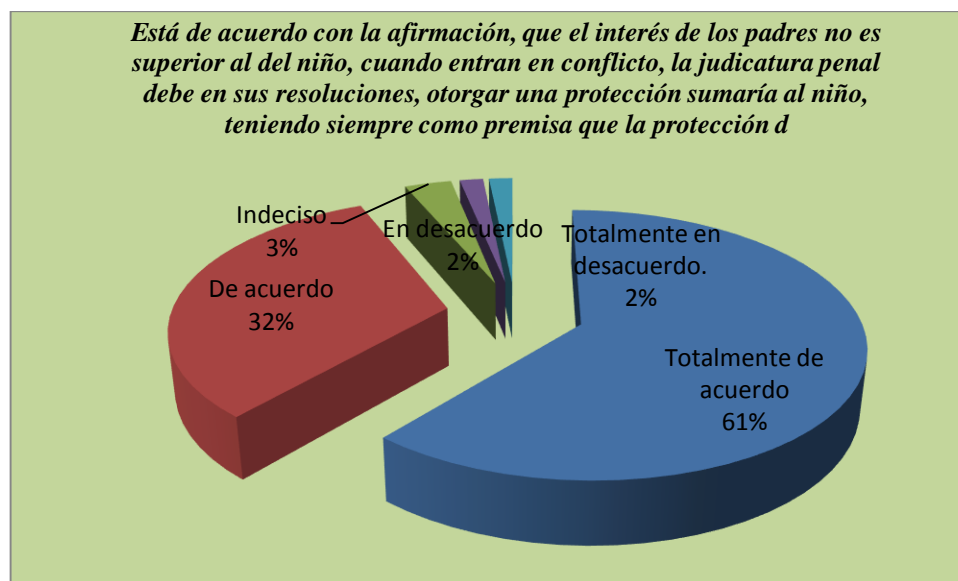


Figura 12: Distribución de frecuencias al cuestionamiento: *¿Está de acuerdo con la afirmación, que el interés de los padres no es superior al del niño, cuando entran en conflicto, la judicatura penal debe en sus resoluciones, otorgar una protección sumaria al niño, teniendo siempre como premisa que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres?*

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

Con este instrumento queremos recoger información sobre la afirmación, que el interés de los padres no es superior al del niño, cuando entran en conflicto, la judicatura penal debe en sus resoluciones, otorgar una protección sumaría al niño, teniendo siempre como premisa que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres, un 61% responde que está totalmente de acuerdo y un 32 % que está de acuerdo, las respuesta no acordes con la premisa son mínimas, un 3% que responde indeciso, un 2% responde la alternativa totalmente en desacuerdo y un desacuerdo en un 2%.

Tabla N° 13

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *Está de acuerdo que la configuración del delito de sustracción al menor, no otorga una idónea prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad”.*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	38	61
2	De acuerdo	20	32
3	Indeciso	2	3
4	En desacuerdo	1	2
5	Totalmente en desacuerdo.	1	2
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

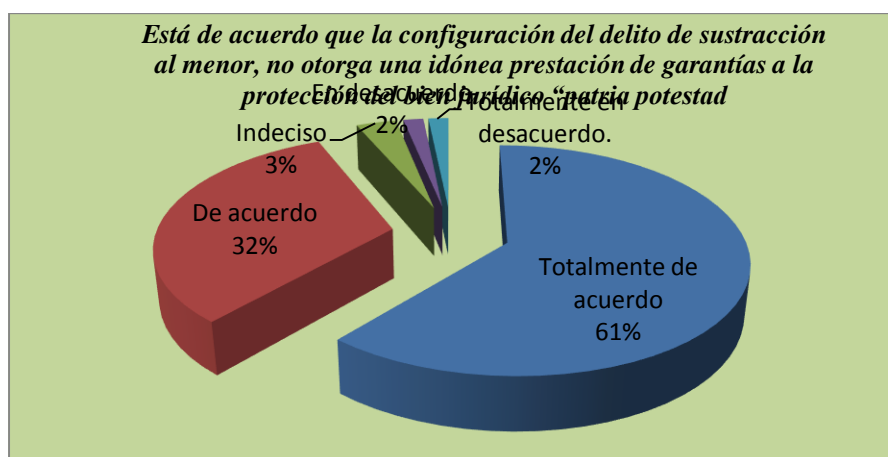


Figura 13: Distribución de frecuencias al cuestionamiento: *¿Está de acuerdo que la configuración del delito de sustracción al menor, no otorga una idónea prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad”?*

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

En la tabla N° 13, se responde en un 61% que están totalmente de acuerdo unido a un 32% que está de acuerdo que la configuración del delito de sustracción al menor, no otorga una idónea prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad, un 3 % que respondió la alternativa indeciso y una posición contraria de 2% que responde que están totalmente en desacuerdo y de igual porcentaje en desacuerdo.

Tabla N° 14

Frecuencia de respuestas al cuestionamiento: *Coincide usted que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad”.*

N°	Alternativas de respuesta	n	%
1	Totalmente de acuerdo	38	61
2	De acuerdo	21	34
3	Indeciso	0	0
4	En desacuerdo	2	3
5	Totalmente en desacuerdo.	1	2
TOTAL		62	100

Fuente: Datos de la investigación.

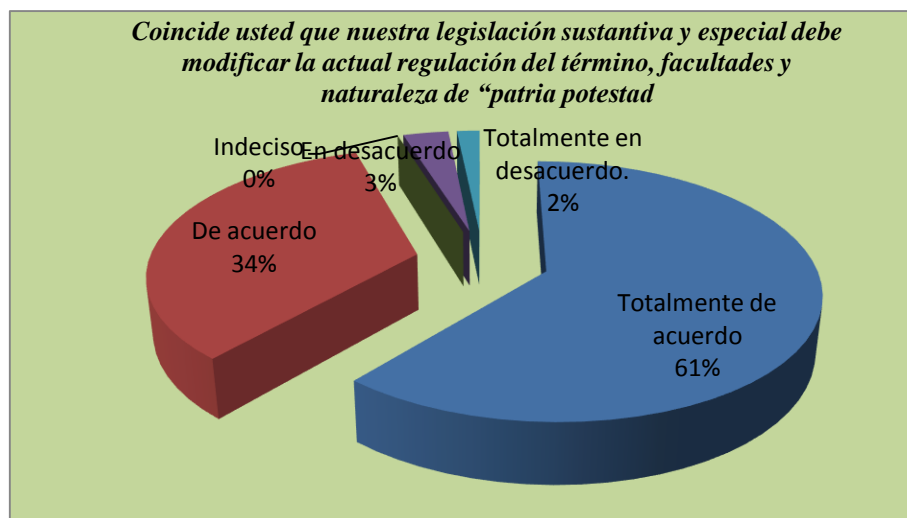


Figura 14: ¿Coincide usted que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad”?

Fuente: Encuesta realizada el 18 de noviembre del 2016

En la última interrogante como las respuestas anteriores es positiva, un 61% responde que está totalmente de acuerdo que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad”, un 34% responde que está de acuerdo, hay una respuesta contraria en desacuerdo un 3% y un 2% totalmente en desacuerdo que completan el 100% de la muestra.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Contrastación de hipótesis paramétricos

Nuestra interrogante es: *¿En qué medida la falta de una protección idónea de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad incide en una inadecuada configuración del delito de sustracción de menor de edad?*

Por ende, nuestra hipótesis planteada es: Existe relación significativa entre la protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad por la actual configuración del delito de sustracción al menor.

Hipótesis nula, H0

Hipótesis de No hay relación, No hay incidencia, No hay efecto, es planteada en forma opuesta a la pregunta de investigación de interés, definida para ser rechazada: *No existe relación significativa entre la protección de los derechos inherentes a la patria potestad por la actual configuración del delito de sustracción al menor.*

Hipótesis alternativa o alterna, “H1” es la pregunta científica de interés. Aceptaremos que H1 es verdadera si los datos sugieren que H0 es falsa: Si, existe relación significativa entre la protección de los derechos inherentes a la patria potestad por la actual configuración del delito de sustracción al menor.

Hipótesis Nula (H0):

– Enunciado formal para el contraste de hipótesis con métodos estadísticos: **No hay relación, No hay incidencia, No hay efecto.**

Hipótesis alternativa (H1):

– Hipótesis complementaria a H0: Si hay **relación, Si hay incidencia, Si hay efecto.**

Se rechaza la hipótesis nula ya que no responde a nuestra investigación, siendo que existe relación significativa entre la protección de los derechos y deberes inherentes a

la patria potestad por la actual configuración del delito de sustracción de menor de edad.

Contrastación estadística.

La hipótesis estadística es una afirmación respecto a las características de la población.

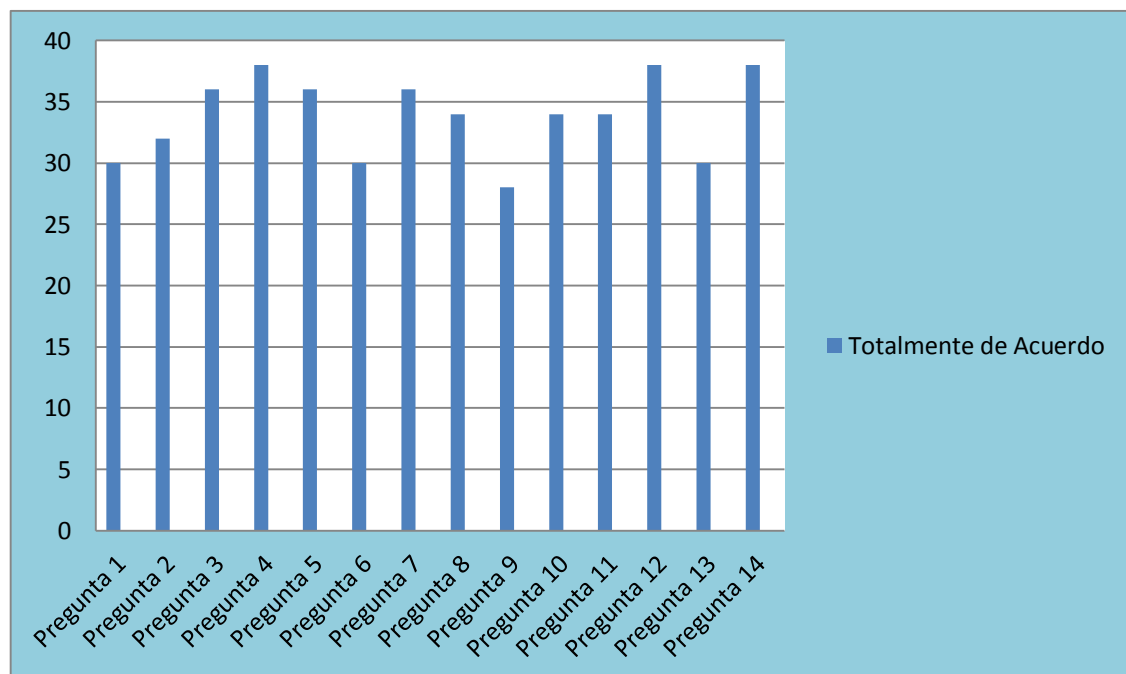
Contrastar una hipótesis es comparar las predicciones realizadas por el investigador con la realidad observada. Si dentro del margen de error que se ha admitido 5.00%, hay coincidencia, se acepta la hipótesis y en caso contrario se rechaza. Este es el criterio fundamental para la contratación.

Este es un criterio generalmente aceptado en todos los medios académicos y científicos.

Existen muchos métodos para contrastar las hipótesis. Algunos con sofisticadas fórmulas y otros que utilizan modernos programas informáticos.

Todos de una u otra forma explican la forma como es posible confirmar una hipótesis.

Respuesta contundente de la alternativa: TOTALMENTE DE ACUERDO.



En este trabajo se ha utilizado el **MÉTODO DE VALIDACIÓN: CHI CUADRADO**, Tabla de asociación realizada a una muestra de 62 abogados y operadores jurídicos de la fiscalía de Arequipa.

Tabla de datos observados	Totalmente de Acuerdo	De Acuerdo	Indeciso	En Desacuerdo	Total
Pregunta 1	30	26	0	4	62
Pregunta 2	32	23	3	2	62
Pregunta 3	36	21	1	2	62
Pregunta 4	38	20	2	1	62
Pregunta 5	36	23	1	2	62
Pregunta 6	30	30	0	2	62
Pregunta 7	36	24	2	0	62
Pregunta 8	34	24	1	3	62
Pregunta 9	28	28	3	2	62
Pregunta 10	34	24	0	2	62
Pregunta 11	34	22	3	3	62
Pregunta 12	38	20	2	1	62
Pregunta 13	30	14	2	3	62
Pregunta 14	38	21	0	2	62
Total	474	320	20	29	855

FORMULAR HIPÓTESIS

H₀ No existe relación significativa entre la falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y la configuración actual del delito de sustracción de menor.

H₁ Existe relación significativa entre la falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y la configuración actual del delito de sustracción de menor.

RESULTADOS

	Totalmente de Acuerdo	De Acuerdo	Indeciso	En Desacuerdo	Totalmente en Desacuerdo
Pregunta 1	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 2	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 3	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 4	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 5	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 6	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 7	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 8	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 9	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 10	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 11	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 12	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87
Pregunta 13	27.16	18.34	1.15	1.66	0.87
Pregunta 14	34.37	23.20	1.45	2.10	0.87

Calculo de X²

	Totalmente de Acuerdo	De Acuerdo	Indeciso	En Desacuerdo	Totalmente en Desacuerdo
Pregunta 1	0.56	0.34	1.45	1.71	1.47
Pregunta 2	0.16	0.00	1.66	0.01	1.47
Pregunta 3	0.08	0.21	0.14	0.01	1.47
Pregunta 4	0.38	0.44	0.21	0.58	0.02
Pregunta 5	0.08	0.00	0.14	0.01	0.87
Pregunta 6	0.56	1.99	1.45	0.01	0.87
Pregunta 7	0.08	0.03	0.21	2.10	0.87
Pregunta 8	0.00	0.03	0.14	0.38	0.87
Pregunta 9	1.18	0.99	1.66	0.01	0.02
Pregunta 10	0.00	0.03	1.45	0.01	1.47
Pregunta 11	0.00	0.06	1.66	0.38	0.87
Pregunta 12	0.38	0.44	0.21	0.58	0.02
Pregunta 13	0.30	1.03	0.64	1.08	0.69
Pregunta 14	0.38	0.21	1.45	0.01	0.02
	4.15	5.80	12.45	6.85	10.98

3.2. DISCUSIÓN

3.2.1. La sustracción del menor y los derechos-deberes inherentes a la patria potestad

De la aplicación de los instrumentos utilizados en la investigación, se desprende que existe un alto porcentaje 48% que se encuentra de acuerdo con la afirmación “existe relación significativa entre la protección de los derechos-deberes inherentes a la patria potestad y su incidencia en la configuración actual del delito de sustracción de menor”, adicionado a un 42 % que respalda tal afirmación con un sólido de acuerdo, encontramos respuesta negativa a la propuesta en un 7% que están en desacuerdo y un 3 % que están totalmente en desacuerdo, totalizando el 100% de la muestra.

Tal afirmación se basa en los siguientes presupuestos:

- La falta de inclusión de las novísimas concepciones del derecho familia respecto a la patria potestad y tenencia lo cual incide en una inadecuada precisión del bien jurídico protegido.
- El archivamiento de las denuncias por el delito que se viene desarrollando, que es casi el 90% de las mismas, y la nula sanción punitiva, pues en el lapso de 3 años, ningún sujeto activo del delito de sustracción de menor ha sido condenado a pena privativa de libertad en la judicatura de Arequipa, demostrándose la Impunidad del delito.
- El concepto de Patria Potestad, es totalmente desfasado, ya que, la denominación de esta institución ha sido modificada por el derecho comparado como *autoridad parental* y nuestra jurisprudencia ya se ha pronunciado, situación que no ha sido prevista por el operador penal cuando realiza el análisis del delito, pues no se toma en cuenta, la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad, donde ambos padres son llamados a realizarlo, y no como actualmente se conoce, donde la madre es la progenitora ideal, sobre todo en los primeros años.
- Hay una falencia en las medidas coercitivas y medidas de protección por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción de menor de edad.

A lo afirmado resaltamos que la sustracción y el rehusamiento de entrega de los hijos, constituyen graves vulneraciones a:

- ✓ El principio de protección especial del niño.
- ✓ El principio del interés superior del niño.
- ✓ El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- ✓ El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- ✓ El derecho al desarrollo armónico e integral.

En la primera sentencia (EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, Lima, el 07 de octubre del 2009, caso J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.), analiza el tratamiento legal de carácter supranacional y nacional de dichos principios y derechos, estableciendo que :

- Los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares (fundamento 12)

Medidas positivas que está dentro de la facultad del fiscal, que es profesional que conoce el caso en el momento que se incoa la denuncia por uno de los progenitores, es importante la sumaria intervención en base a la protección especial del niño y del interés superior del niño.

- El niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia (fundamento 17).

Se tiene que buscar que el sujeto activo del delito, independientemente de la sanción penal que le corresponde comprenda, y por ello debe recibir la terapia respectiva, el daño que le causa al niño niña o adolescente, su accionar.

- Ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al

proceso establecido para tal efecto (...) cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado (fundamento 20).⁴⁶

Al respecto, en la entrevista realizada a un Fiscal Provincial de Familia, este refirió lo siguiente:

- *Incide de manera directa en la protección de los derechos y deberes que nacen de la patria potestad, principalmente el derecho a tener a los hijos en su compañía (TENENCIA) previsto en el artículo 423.5 del CC, cuando el niño, niña o adolescente (NNA) vive bajo el cuidado y protección exclusivo de uno solo de los progenitores. Cuando el NNA es sustraído de éste cuidado y protección se vulnera el derecho de este progenitor. Ayuda a este propósito, la falta de precisión del verdadero bien jurídico protegido en el delito de sustracción, pues se confunde patria potestad (concepto abstracto) con tenencia (concepto concreto).*

La patria potestad, es una institución cuya función principal es ser protectora de los hijos durante la minoría de edad, o bien cuando son mayores de edad y han sido declarados en estado de interdicción, lo que es una carga impuesta a quien debe ejercerla⁴⁷.

Encontramos una posición contraria en la entrevista realizada a un fiscal Provincial penal, quien señala.

- *No concordamos con el hecho de que el delito de sustracción del menor quede impune, lo que ocurre es que la mayoría de los hechos denunciados no configuran el tipo penal denunciado, toda vez que este requiere el ejercicio de la patria*

⁴⁶ Al respecto la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y ratificada por nuestro país, señala en su artículo 9 inciso 3) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

⁴⁷ S. MORALES MUÑOZ, Tesis titulada: *La Pérdida Definitiva Del Ejercicio De La Patria Potestad*. Guatemala, Universidad de san Carlos de Guatemala. 2007. P,245

potestad, el tipo penal no admite dentro de su configuración objetiva la tenencia, tutela o curatela solo patria potestad y por ello se genera la sensación de impunidad.

- *La patria potestad es un derecho que puede ser limitado por el Juez en uso de sus facultades, por transgredir o hacer abuso de su ejercicio, por lo que su cuidado le corresponde en principio a los padres y a las autoridades competentes.*
- *La valoración del ejercicio de la patria potestad le compete al Juez de Familia, quien suspenderá, restringirá o extinguirá la patria potestad, salvo que en flagrancia de un delito se determine que el menor sea retirado del padre que ejerce la patria potestad, en cuyo caso ello responde a un estado de necesidad.*

No estamos de acuerdo con la opinión del fiscal Penal, ya que, la mayoría de los casos, se observa una flagrante comisión del delito de sustracción del menor de edad. Aceptamos que el tipo solo admite el ejercicio de la patria potestad, (siendo nuestra posición que es el ejercicio de la TENENCIA en particular y no la Patria Potestad), y allí está la falencia más resaltante de dicho delito.

Pues la suspensión de la patria potestad, es la sanción inmediata en el ámbito civil, que corresponde al padre o madre sujeto activo del delito, y no permitirle que su defensa utilice los mecanismos dilatorios por todos conocidos y siga reteniendo al menor.

3.2.2. Falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor

Nuestra afirmación, “existe falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción de menor”, ha tenido una respuesta totalmente favorable por nuestros encuestados.

Sin lugar a dudas, la familia, es el objeto de preocupación más relevante, desde la antigüedad, esta institución ha presentado complicaciones de carácter social, de influencia familiar negativa, permisibilidad, indiferencia de los padres, con problemas en el manejo económico del hogar y con la presencia cada vez más alarmante de la violencia intra familiar (en pleno siglo XXI, el índice de violencia familiar contra los niños y niñas es alarmante, en este 2016, a pesar de existir legislación al respecto) y muchos problemas

que indudablemente inciden en la preparación de los padres, y esto a su vez una respuesta negativa en los hogares.

Si bien es cierto cada país y sociedad ha evolucionado en forma diferente, hay un tema que es común en todos ellos y que gira en torno a lo máspreciado de la familia como son los hijos, y este tema tiene mayor relevancia y confrontación cuando existe un quiebre en la pareja y cada uno de ellos quiere tener a los hijos a su lado negándole el derecho que le corresponde al otro progenitor, y a su vez desconociendo el derecho del hijo de relacionarse con ambos padres.

Todo menor de 18 años de edad es sujeto de derecho de protección especial, requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar en mérito a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente. De modo que, por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a los padres, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano, como la promoción y preservación de sus derechos (incluido el de libertad personal) y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

Desde el punto de vista del derecho penal, el notable jurista alemán Günther Jakobs señala que “la relación de padres e hijo descansa en la base social: en todos los ordenamientos en los que la crianza de los hijos incumbe de modo primario a los padres, o al menos se les encomienda, (...) los hijos se confían a los padres mientras sean menores de edad. Esto parece prácticamente evidente, y por ello se habla en algunas ocasiones de un vínculo “natural”. Los deberes tienen un alcance marcado por la medida en la que padres e hijo practican un mundo común, es decir, que en una primera fase son omnicomprendidos: los padres deben alimentar, cuidar, educar al hijo, apartar de él enfermedades y riesgos, también aquellos que deriven de la conducta de otras personas o del otro progenitor; además existe un deber de cuidado patrimonial (...). Los deberes van reduciéndose conforme se incrementa la autorresponsabilidad del hijo y concluye con su mayoría de edad, puesto que a partir de ese momento el hijo no está obligado a obedecer a sus padres⁴⁸”.

⁴⁸ G.JAKOBS, “Actuar y omitir”. En: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Guillermo Jorge Yacobucci (Dir.). Ara, Lima, 2005, p. 176

Se ha desarrollado un tipo penal que no está acorde a las novísimas teorías y desarrollo jurisprudencial en torno al bien jurídico protegido, como es la mal llamada patria potestad.

Un sector de la doctrina, entre ellos Bramont-Arias torres y García Cantizano, siguiendo a Bustos Ramírez, Rodríguez Devesa y Muñoz Conde, sostienen que la protección penal en los delitos contra la patria potestad está dirigida a la “seguridad del menor como presupuesto de la libertad, en general, y de la libertad ambulatoria en particular.”⁴⁹ Se tutela la libertad de movimiento del menor. Sin embargo, esta posición es criticada por otro sector de la doctrina que señala que el tipo penal en comento está ubicado dentro del libro de los Delitos Contra la Familia y contra los Delitos contra la Libertad; María del Rosario Diego Díaz – Santos, agrega que “los menores de edad carecen de la aludida libertad en un sentido cabal, debido a sus limitados ámbitos de acción”⁵⁰

Por otro lado, la doctrina mayoritaria, entre los que destacan Juan Carlos Carbonell Mateu y José Luís Gonzales Cissac, Luis Bramont Arias, Francisco Chirinos Soto, María del Rosario Diego Díaz Santos, Ramiro Salinas Siccha, Javier Villa Stein, Javier Momethiano Santiago, citados por Luís Miguel Reyna Alfaro⁵¹, sostienen que “el bien jurídico penalmente tutelado es el derecho de patria potestad y todo lo que ello implica. Quien sustrae a un menor de edad impide que el padre o madre (en sentido lato) ostente la patria potestad y la ejercite a plenitud”.

Ante este escenario, el Juez deberá valorar la forma de sustracción, los elementos que utilizó el sujeto activo del delito, si hubo complicidad, si al momento de sustraerlo utilizó la fuerza, la amenaza o si hubo maltrato físico y psicológico, después en la investigación valorará la opinión del niño sobre la comisión del delito, su estado de salud y lugar de tratamiento, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la tenencia sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos y de las hijas; por lo que evidentemente tendrá un papel relevante el equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos, asistentes sociales, médico y psiquiatras quienes proporcionarán las herramientas necesarias para

⁴⁹ L. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto y García Cantizano, María del Carmen: Manual de Derecho Penal, parte especial, 4ta. Edición, aumentada y actualizada, Lima, Perú, 1998, pág. 172.

⁵⁰ DIEGO DÍAZ – Santos, María del Rosario, *Los delitos contra la familia*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 281.

⁵¹ L. REYNA ALFARO, *Delitos contra la Familia*, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, 2004, p. 111.

que el Juzgador tenga un criterio más amplio respecto al caso para determinar la tenencia, después de una tentativa o consumación del delito de sustracción.

Posición de la Jurisprudencia Ordinaria

La Jurisprudencia ordinaria siguiendo la posición de la doctrina mayoritaria y señala que el bien jurídico protegido es la patria potestad. Así lo reconocen las siguientes jurisprudencias:

“Comete delito de atentado contra la **patria potestad** el inculpado que desconociendo la sentencia que asigna la patria potestad de su hijo a su ex cónyuge, sustrae al menor y lo lleva a donde él reside. En caso de suspenderse la ejecución de la pena, es procedente establecer como regla de conducta la reparación del daño causado, que para el caso del citado delito es la devolución del menor a su madre”.⁵²

“La conducta de la encausada, consistente en la negativa a entregar al menor que fuera dejado por la madre en su vivienda, constituye acto típicamente relevante de delito contra la **patria potestad**-sustracción de menor”.⁵³

“La acción fue ejecutada por el inculpado cuando aún no existía resolución judicial que determine quién ejercerá la tenencia provisional del menor, hijo de ambas partes; además si el procesado no ha llegado a entregar al menor luego de conocer la decisión judicial emitida por la juez del Segundo Juzgado del Niño y del Adolescente, no constituye un accionar destinado a la comisión del delito instruido (sustracción del menor) porque para que se configure el mismo, necesariamente el autor ha tenido que previamente ser privado del ejercicio de la **patria potestad**, circunstancias que del caso de autos no se aprecia por cuanto su accionar se encuadra en la conducta tipificada como resistencia y violencia a la autoridad”.⁵⁴

⁵² VILLAVICENCIO Terreros, Felipe, “Código Penal Comentado”, tercera edición, Grijley, Lima, 2001. Pág. 334.

⁵³ En: *CD Explorador Jurisprudencial*. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. P, 334.

⁵⁴ Exp. 1486-98 de 30 de Junio de 1998. En: *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*. División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica. Lima, 2001.

Posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal en sentencias que declaran fundadas las demandas de habeas corpus se ha referido a dos casos de ejercicio irregular de la tenencia, que guardan relación con el delito de sustracción de menor y negativa a entregar al hijo.

En la sentencia expedida en el **EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, Lima, el 07 de octubre del 2009, caso J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.**, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesías Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con el fundamento de voto del segundo de los nombrados, declara **FUNDADA** la demanda de habeas corpus, por haberse acreditado la vulneración de los derechos del niño J.A.R.R.A: a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales (...) ⁵⁵

Cabe precisar que el presente caso se deriva del incumplimiento de resoluciones judiciales que ordenaban la variación del régimen de visitas a una de tenencia y de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) expedida a favor de la progenitora. Resulta que en cumplimiento del régimen de visitas establecido mediante resolución judicial don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz debía permitir a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., interactuar con doña Shelah Allison Hoefken; ante la negativa persistente se solicitó la variación del régimen de visitas a una de tenencia y entrega de los dos hijos; dicho mandato se cumple parcialmente pues el emplazado solo entrega al niño V.R.R.A. y no al hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., éste último aún continúa bajo la custodia del emplazado.

⁵⁵ Adicionalmente esta sentencia **ordena** que el accionado entregue, de manera inmediata, al hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A. a la madre de éste, y **dispone**: oficiar al Juez del 35º Juzgado Especializado en lo Penal de Lima para que, conforme a lo resuelto por este Tribunal, ejecute de manera inmediata la presente sentencia conforme al artículo 22º del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia; **Ordena** al Director General de la Policía Nacional para que ésta preste de manera inmediata al 35º Juzgado Especializado en lo Penal de Lima el auxilio de ley, a fin de ubicar al niño para que éste sea entregado a su progenitora, facultándosele el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio en donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia se ejecute de manera inmediata en sus propios términos.

El supremo Tribunal ha señalado que el accionado no sólo ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al haberles impedido sin justificación alguna que puedan ver a su madre, sino también que ha vulnerado el derecho de la demandante a la efectividad de las resoluciones judiciales (fundamento 27).

Por su parte, en la sentencia recaída en el **EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC, Lima, expedida el 06 de diciembre del 2010, caso del niño L.F.H.**, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani, **declara FUNDADA** la demanda de habeas corpus y ordena a don Mariano Fiorentino Flagiolo que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas L.F.H. a doña Nora Rosario Heredia Muñoz, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

Resulta que en el presente caso, el progenitor había inventado un falso secuestro del niño cuando éste se encontraba temporalmente bajo la custodia del abuelo materno pues la madre, quien ejercía la tenencia exclusiva del niño, le confió dicha custodia porque realizó un viaje temporal a México. Aprovechando esta situación se produce una sustracción traumática e injustificada del niño pues el accionado, apoyado por personal policial, interviene al abuelo materno cuando éste se encontraba junto al niño en un centro de diversiones de Lima; desconociendo una transacción extrajudicial sobre la tenencia del niño.

Luego, de producido el hecho el progenitor siguió reteniendo al niño, imposibilitándole que mantenga contacto con su madre. La madre demandante alegó que el accionado ha vulnerado derechos fundamentales de su hijo como son: a) a la libertad individual; b) a la integridad personal; c) a tener una familia y a no ser separado de ella; d) a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral; e) a la educación; y, e) al libre desarrollo de su personalidad. El Tribunal, señaló por su parte que se ha vulnerado los derechos del niño: a) a tener una familia y a no ser separado de ella; y, b) a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

3.2.3. Actualmente existe Impunidad en el delito de sustracción del menor

La lectura porcentual de la interrogante N° 3, están totalmente de acuerdo y de acuerdo que existe Impunidad en el delito del delito de sustracción del menor.

Afirmamos que hay Impunidad en la aplicación de la pena, porque hemos observado en los diferentes casos que han sido denunciados en la judicatura de la Primera, Segunda y Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Arequipa durante los años 2012 y 2013 (años que labore en la fiscalía), y las investigaciones que he venido haciendo actualmente, tomando como referencia los años 2014 y 2015, que casi en la totalidad de los casos, incoados, si bien es cierto se ordenan diferentes medidas para la protección del menor, medidas coercitivas, investigaciones sobre incidencia del delito de violencia familiar, y otras, no hay una sanción efectiva al sujeto activo del delito, esto es uno de los progenitores, que muchas veces es intervenido en flagrancia, porque su accionar se configura como delito de sustracción del menor, obviando así que es el interés del Estado el que se eleva por encima de los de los particulares; quien, en ejercicio de su facultad punitiva, debe hacer prevalecer su deber de perseguir y sancionar los delitos.

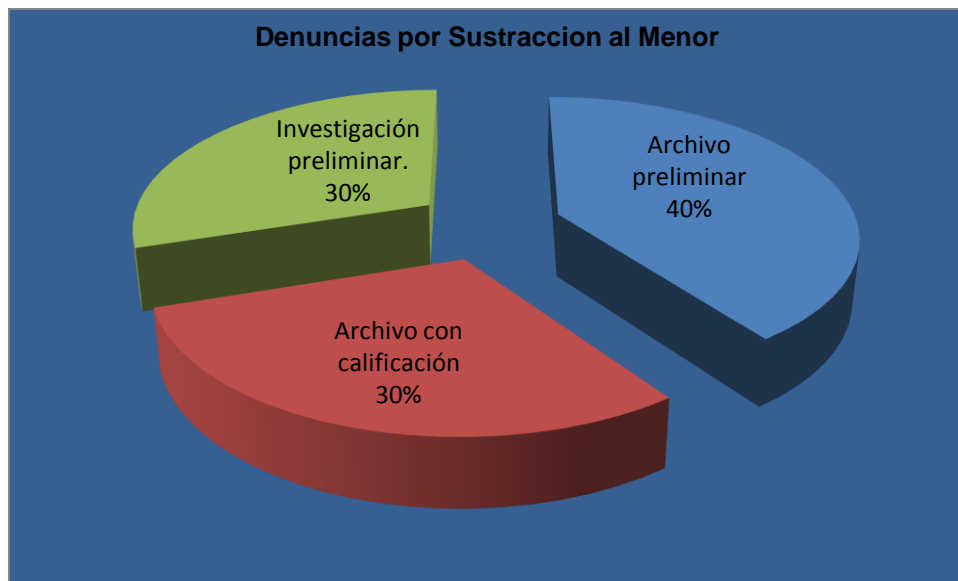
Tabla N° 15

Denuncias presentadas

Fiscalías	2012	2013	2014
1 FPPC	77	44	25
2 FPPC	40	29	22
3 FPPC	17	29	35
1 FPPC HUNTER	3	0	0
2 FPPC HUNTER	16	20	8
1 FPPC MM	21	20	17
2 FPPC MM	7	3	0

Fuente: Reporte SGF. Ministerio Publico Arequipa.2014

Gráfico N° 15



Fuente: Elaboración propia.

Denuncias de las cuales el 70% han sido archivadas, unos preliminarmente y otros con calificación. Un 30% de dichas denuncias fueron reportadas con investigación preliminar. Información obtenida del Ministerio Público.

3.2.4. Falta la recepción de la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad

La denominación “Patria Potestad, en la doctrina y en la legislación, desde nuestra óptica, no es correcta, siendo advertida, ya por la doctrina y por la legislación comparada. Como se aprecia en los últimos años, y sobre todo a partir de la sanción en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay una nueva postura donde se deja de lado el inadecuado término de patria potestad, para establecer regímenes denominados de "responsabilidad parental".

Se propone reemplazar, a la desfasada concepción de “Patria Potestad” por la autoridad parental que es un instrumento de adiestramiento que vincula al padre y al hijo, y que los proyecta a un futuro en el que subsiste la disciplina, las pautas de valor, y, desde luego, la familia misma. La autoridad parental es una filosofía de vida, exclusiva e individualista,

que inspira predicados de antaño como “sangre de mi sangre” o “tesoros del cielo son los hijos”, aun cuando aquel que los diga no sea un padre responsable.

Hemos destacado que en la experiencia comparada se ha sustituido esta institución por la denominada Autoridad Parental, que recepciona las novísimas y acertadas teorías de los deberes y derechos que tiene el padre con sus hijos.

Pellegrini, comentando la legislación argentina, señala "pasar de la patria potestad a la responsabilidad parental no es sólo una cuestión terminológica, sin perjuicio de que las palabras tienen una carga simbólica muy importante⁵⁶". "La patria potestad -sostuvo- concibe una relación familiar de tipo verticalista, en la cual los padres tienen poder sobre los hijos, deciden sobre ellos; la responsabilidad parental pone el énfasis en la función de cuidado, atención y protección de los hijos". Pellegrini puso énfasis en que con este nuevo concepto los hijos de padres separados "dejan de ser una "propiedad" de los progenitores; en busca de un sistema familiar más comunicativo y cooperativo para el cumplimiento de la principal función de los padres: acompañar el crecimiento de los hijos e hijas hacia su propia autonomía".

En la legislación argentina, observamos también que se elimina el concepto de "tenencia" por el de "cuidado personal" que implica una mayor compenetración de los padres, sean convivientes o no, para que ambos estén presentes en la vida de sus hijos. "Ante la separación de los padres se decide que el hijo viva más tiempo en la casa de uno, que el Código argentino contempla bajo la figura de cuidado personal indistinto, o que pase períodos de tiempo en cada casa, con la denominación de cuidado personal alternado", aseguró Pellegrini.

Desde nuestra óptica este planteamiento es acertado porque "ambos padres cuidan no "tienen" a sus hijos, y toman todas las decisiones respecto a ellos". Se intenta así garantizar el derecho de los hijos a ser cuidado por ambos progenitores y evitar que un

⁵⁶ M. PELLEGRINI María *Fin de la patria potestad, ambos padres son responsables por igual del cuidado de sus hijos*. Recuperado el 2 de diciembre del 2016 en <http://www.telam.com.ar/notas/201508/115036-patria-potestad-fin-codigo-civil-y-comercial-cambios-justicia.html>

progenitor tenga la "tenencia" y pase a ser el progenitor principal y el otro sólo "visite", como si se tratara de un extraño.

Se asegurar la presencia de ambos padres en las vidas de los hijos. En todos los casos, ambos tienen obligación de mantenerlos con dinero, atención, proporcionalmente o sea de acuerdo a sus recursos.

3.2.5. Falta de medidas coercitivas para proteger a las víctimas

Según el Cuadro analítico No. 5, se observa que el 58% respondieron la alternativa totalmente de acuerdo, el 37% contestaron la opción de acuerdo, lo que nos indica que la mayoría de encuestados están de acuerdo en la falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción de menor de edad.

Tenemos en este caso dos víctimas tanto el progenitor que le han sustraído al menor como al sujeto pasivo que es el niño, niña u adolescente sustraído, en ambos se ejerce un daño que puede llegar hacer físico y psicológico, este último he observado que no se toma en cuenta, más aun existiendo una normatividad reciente que sanciona ya el daño psicológico.

En el ámbito del derecho de familia estamos ante el denominado Daños en las relaciones familiares. En al ámbito de familia, se presentan una serie de situaciones, donde puede presentarse múltiples y variadas situaciones de daño, manifiesta Varsi⁵⁷ que “el tratamiento de daños en el Derecho de Familia resulta especial. Existe todo un tratamiento específico pero no del todo privativo sobre el tema que concita la atención de la doctrina y la jurisprudencia comparada”. Existe un tratamiento expreso en el Libro de familia en lo referente al Derecho de daños que podemos graficarlo de la siguiente manera:

⁵⁷ E. VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique (2012) *Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones de hecho*. Gaceta Jurídica. Lima. 1ª Edic. p, 19

Daños en las relaciones familiares

Interno	Externo
Derivados de las relaciones domesticas cotidianas al interior de la familia	Derivados de las relaciones domesticas cotidianas al interior de la familia
<ul style="list-style-type: none"> - Daños por el síndrome de alienación parental. - Daños derivados del divorcio: respecto de los hijos. - Daños por el abuso en el ejercicio de la patria potestad. - Daños por la negativa del régimen de visitas. - Daños derivados de violencia familiar 	<ul style="list-style-type: none"> - Daño derivado por el actuar de un miembro de la familia. - Daño entre los miembros de la familia por relaciones ajenas a las relaciones familiares. - Daño por responsabilidad contractual entre cónyuges. - Daño por la salud de los hijos. - Daños por daños prenatales.

Fuente. Varsi. 2012. p, 20

Obviamente este accionar causa un daño, que el fiscal y el juez está llamado a pronunciarse con carácter de urgencia.

En una apreciación preliminar podemos destacar que, para nosotros los efectos son dañinos para los niños, niñas o adolescentes que son objeto de sustracción violenta o de otra forma que utilice el progenitor.

Psicológicos:

Indudablemente, la sustracción en todas sus formas, va traer consigo serios efectos en la persona que la sufre, va afectarlo psíquica y emocionalmente, alterando el desarrollo de su personalidad, identidad y normal desarrollo como persona.

Tenemos dos víctimas el padre o madre y el niño, niña u adolescente, la “víctima”, que va ser mellado en su integridad.

Los efectos del daño, que ocasionan tanto a la madre o padre y al niño, se pueden observar, por los operadores del derecho familiarizados con dichas consecuencias, cuyos casos se observan cada día más en las diferentes jurisdicciones de familia.

El padre o madre va realizar un sinnúmero de acciones para perjudicar al otro, sin pensar en el daño que le puede ocasionar a su hijo o hijos, y el perjuicio mayor es arrebatarle al hijo.

Jurídicos

Los efectos en este ámbito son diversos: en primer término las partes enfrentan (en la gran mayoría de los casos) largos, intrincados y desgastantes procedimientos, cuyo costo se traduce en desgaste emocional y económico, así como en inversión de tiempo para quienes están implicados.

Después del proceso penal de la comisión del delito de sustracción que como advertimos es solucionado sumariamente, se pasa a un proceso civil, procesos judiciales en que sus padres vuelven a demandar por suspensión o pérdida de patria potestad, tenencia o variación de tenencia, régimen de visitas o variación de régimen de visitas, violencia familiar, entre otros..

Familiares:

Se identifica el quiebre del vínculo familiar y las consecuencias que de dicho accionar deviene, como es la separación o pérdida de la comunicación del niño, niña u adolescente de uno de sus progenitores, la recepción del niño de las discusiones que tiene la pareja, de la desatención del padre o de la madre de las necesidades de los hijos, modificaciones en la dinámica familiar y un tema preocupante, que se da en algunos casos pérdida o alteración de la identidad y personalidad del niño.

Sociales:

“Sin duda alguna, los efectos son diversos y su impacto en la conformación del tejido social es dañino, ya que no sólo afecta a niños y niñas, sino además a todas las personas que se encuentran vinculadas en su cuidado, atención, convivencia, etcétera.

Finalmente, se ha observado que quienes sufren una sustracción violenta pueden presentar:

- Depresión crónica
- Problemas para relacionarse en ambientes psicológicos y sociales
- Trastornos de identidad e imagen
- Desesperación

- Sentimientos de culpa
- Sentimientos de aislamiento
- Comportamiento hostil
- Falta de organización.
- Rendimiento inadecuado en los estudios

3.2.6. El delito de sustracción del menor es un tipo penal insuficiente

El delito de sustracción de menores constituye un tipo penal insuficiente en el ámbito de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad” y sobre todo del Principio del interés Superior del Niño, el cual corresponde a los dos progenitores, debido a los errores conceptuales tanto en el ámbito civil como penal constituyendo un elemento degenerativo de la tendencia jurisdiccional en el desarrollo del delito de sustracción de menores. Existe legislación, jurisprudencia espuria que requiere ser modificada, sobre la base de los parámetros constitucionales, debido proceso, tutela judicial efectiva, pero sobre todo a la lógica natural en pro de los más perjudicados.

Se tiene que tener en cuenta la novísima Ley N° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Ley que trata sobre la violencia como cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado que incluye a los niños donde se ha tomado el denominado interés Superior del Niño.

Se entiende por violencia contra los integrantes del grupo familiar: La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o **psicológico** y que se produce **en el contexto de una relación de responsabilidad**, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. **Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes**, adultos mayores y personas con discapacidad. Violencia que se ejerce en el delito de sustracción de menor de edad.

La consecuencia más perjudicial de este delito y que no se toma en cuenta es el daño psicológico que ahora es sancionado penalmente, según el novísimo artículo 124-B, donde la determinación de la lesión psicológica, es efectuada mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial, con la siguiente equivalencia:

- a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico.
- b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico.
- c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico.

La ley 30364 ha sido objeto de reglamentación mediante el **Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP**.

Recientemente en el transcurso de mi investigación, con fecha 11 de setiembre de 2016, mediante **Resolución N° 3963-2016-MP-FN** publicada en el Diario Oficial El Peruano se aprobó las guías que se utilizarán en la actividad científico forense y en los procesos judiciales enmarcados en la Ley N° 30364:

- a. "Guía de Valoración de Daño Psíquico en Personas Adultas Víctimas de Violencia Intencional".
- b. "Guía del Procedimiento de Entrevista Única a Víctimas en el Marco de la Ley N° 30364 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar; y, a Niños y Adolescentes Varones Víctimas de Violencia".
- c. "Guía de Evaluación Psicológica Forense en caso de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y en otros casos de Violencia".
- d. "Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales"

Hay que destacar que si bien la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (violencia psicológica), y su reglamento comprende como modalidad de violencia a la violencia psicológica, no se especifica la conducta en el delito de sustracción, pero es obvio que es una de las formas de violencia psicológica en agravio del hijos niños, niñas o adolescentes.

“Se entenderá por daño psicológico todo tipo de afectación, menoscabo o perturbación a la estabilidad emocional de una persona, que le impida disfrutar de un nivel de bienestar

general, o altere el estado en el que se encontraba antes del acto perturbador o situación de violencia, el que puede ser temporal o durar en el tiempo⁵⁸”

LEY N° 30364, LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR) VIOLENCIA PSICOLÓGICA, promulgada el 6 de abril del 2015, señala que es “la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos”.

Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.

Calderón (2016) nos dice que “el maltrato psicológico puede existir por comisión y también por omisión, también llamados maltratos psicológico directo e indirecto, estaría representado por todas aquellas conductas que tiene una recepción directa en el niño (ejemplo: el rechazo verbal, el desprecio, la humillación, amenaza, aislamiento, encierro, el interferir en sus relaciones sociales, etc); mientras que el maltrato por omisión o maltrato indirecto estaría representado en la observación del niño de conductas de los adultos dirigidas a otras personas que termine por afectarlo psíquicamente⁵⁹”

3.2.7. Los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia

Según el Cuadro analítico No. 7, se observa que el 58% respondieron la alternativa totalmente de acuerdo, mientras que el 39% contestaron la opción de acuerdo; lo que nos indica que la mayoría de encuestados están de acuerdo que los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción la menor, solo una posición aislada del 3% que respondió la alternativa indeciso.

⁵⁸ I. ARRIOLA CÉSPEDES, en la tesis titulada: “Obstáculos en el acceso a la justicia de víctimas de violencia psicológica en el procedimiento de violencia familiar nacional. ¿Decisiones justas con enfoque de derechos humanos y de género? Análisis de casos con resolución de la Segunda Sala de Familia de Lima entre setiembre - diciembre 2011”. Lima PUPC. 2013. p.23

⁵⁹ J. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2016) Las víctimas invisibles: niños envueltos en los conflictos de sus padres. Lima Actualidad Civil. Al día con el Derecho. Mayo. 2016. Vol. 23. P.108

Desde la perspectiva legal y de la jurisprudencia ordinaria el bien jurídico protegido en el delito de sustracción y rehusamiento de entrega del hijo, es el ejercicio de la tenencia en particular y no la Patria Potestad. La custodia o tenencia del hijo forma parte del contenido personal de la Patria Potestad, es su principal atributo. Es variable y temporal; puede desmembrarse de la Patria Potestad ya sea en forma ordinaria o legal -por acuerdo o convenio de los padres o por decisión judicial- y, en forma extraordinaria o ilegal -por decisión unilateral de uno de los progenitores o de los ascendientes del hijo menor de edad; en este último caso, éstos se incurre en responsabilidad penal. En cambio, el ejercicio de la Patria Potestad, solamente puede ser privado por mandato judicial, a través de las figuras jurídicas de suspensión o pérdida reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes. No es posible el acuerdo ni convenio de los padres.

Todas las acciones descritas vulneran flagrantemente los principios protectores de la familia, el niño, niña y adolescente como los derechos inherentes a la patria potestad, vulneración del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, vulneración del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, vulneración del principio de protección especial del niño, vulneración del derecho al desarrollo armónico e integral del niño, vulneración del interés superior del niño.

El Fiscal Provincial de Familia entrevistado señala: *Es correcta la afirmación, en el sentido que el Código Civil define expresamente lo que es patria potestad (art. 418) lo que no ocurre con el caso de la tenencia. Tampoco existe una definición en el CNA, solo regula las reglas para su determinación (arts. 81 y 84), su variación (art. 82), la legitimidad para obrar (art.83), las reglas de la tenencia provisional (art. 87). Ello incide negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción de menor. El delito de sustracción de menor está directamente relacionada con la figura jurídica de la Tenencia y no con la patria potestad, solo la tenencia puede ser materia de sustracción o de rehusamiento de entrega, por decisión unilateral del agresor; la patria potestad por ser un deber –derecho, no tiene esa característica; según el CNA la patria potestad se priva y no se suspende, solo por mandato judicial.*

Encontramos una posición contraria en la entrevista realizada al fiscal provincial penal, el cual señala:

Precisamos que no podemos indicar si la afirmación es correcta o no, esto por cuanto los errores conceptuales de ambos términos jurídicos compete apreciarlos y resolverlos, en cada caso en particular, al Juez de Familia, quien deberá de determinar en qué casos se otorga la patria potestad y en que otros la tenencia, en este último caso no necesariamente podrá recaer en los padres. Que para el ámbito penal, solo es necesario identificar cuál de los padres o familiares tiene o goza del ejercicio de la patria potestad –con la respectiva resolución judicial-, ello para que pueda configurarse el tipo penal, además de los otros elementos objetivos que se requieren para la configuración plena del tipo.

3.2.8. Vulneración al derecho a tener una familia y no ser separado de ella

En los resultados presentados en la aplicación de nuestro instrumento, observamos que ante esta interrogante sobre la política criminal desplegada por el estado, responde un 55% que están totalmente de acuerdo y un 39% que responde que está de acuerdo en que en el delito de sustracción la menor, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, una posición mínima de un 1% que declaro indeciso, y un 5% que responde que está en desacuerdo.

El Fiscal Provincial de Familia entrevistado señala: *En realidad, vulnera varios derechos, entre ellos el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, muchas veces el niño no está bajo el cuidado directo del padre que realiza la sustracción o se rehúsa a entregarlo, es confiado a terceras personas u otras parientes. Otros derechos que se vulneran: el derecho a no ser desarraigado de su entorno social y educativo (los niños son llevados a lugares que le son desconocidos, alejados de sus amigos y compañeros de estudios; pierde año escolar), el derecho a la integridad psicológica (la sustracción le produce una gran afectación emocional, porque no sabe nada del progenitor con quien compartió más tiempo), a la libertad (se coacta su libertad locomotora cuando es ocultado o escondido para evitar que el otro progenitor recupere la tenencia), derecho a opinión (no se toma en cuenta ni se le pregunta si está conforme con el cambio abrupto y repentino), entre otros.*

Compartimos con el magistrado su opinión, porque hay una serie de derechos que dicho accionar delictivo ocasiona, sobre todo el denominado "derecho del menor a no ser separado de sus padres", si bien es cierto no nos encontramos ante un derecho absoluto: de ningún modo cabe hablar de un derecho del menor a permanecer bajo cualquier circunstancia y a toda costa bajo la custodia de sus padres. A mi entender, lo que el respeto al derecho impone con carácter fundamental es que la separación solamente se dé cuando las circunstancias concurrentes en el caso revelen que ésta es absolutamente necesaria de acuerdo al bienestar o interés del niño.

Villanueva señala al respecto que el porqué de la existencia de un derecho del menor a no ser separado de sus padres no es susceptible de explicación en términos jurídicos: la propia naturaleza y la experiencia seculares enseñan que el mejor entorno para un adecuado y armonioso desarrollo del niño es su propia familia. Así, lo manifiesta la Convención sobre los Derechos del Niño en los párrafos quinto y sexto de su Preámbulo, y de su articulado se colige que el niño es siempre contemplado en el contexto de su unidad familiar. Por su parte, el art. 1 de la Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y bienestar de los niños, con especial referencia al acogimiento y a la adopción de 1986, estatuye que la primera prioridad para el niño es el ser cuidado por sus propios padres). Tampoco faltan afirmaciones en tal sentido en legislaciones extranjeras. Tal "ley natural" se ve corroborada por las diversas investigaciones efectuadas en el campo de la sociología y la psicología infantiles —de interés e importancia incuestionables en todo lo relacionado con menores—, hasta el punto de que aquellos supuestos en que la misma quiebra se califican acertadamente de patológicos. Consecuencia lógica de lo dicho es el reconocimiento por parte del ordenamiento positivo del derecho-deber de los padres de cuidar y formar a sus hijos: el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño atribuye a los padres la responsabilidad principal de la crianza y el desarrollo del niño; el art. 39.3 de nuestra Constitución impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos y en términos similares se expresan las Constituciones alemana e italiana. La toma de conciencia sobre la importancia social del papel desarrollado por el grupo familiar mueve

a los Estados a comprometerse a apoyarlo y velar por él, poniéndolo en situación de satisfacer adecuadamente su tarea educadora y socializadora⁶⁰”

Encontramos una posición contraria en la entrevista realizada al fiscal provincial penal, quien señala: *Consideramos que no vulnera el derecho aludido por cuanto la autoridad civil, es decir el Juez de Familia, ha valorado cada una de las circunstancias que se presentan en la familia del menor para entregarle la patria potestad a uno de los padres, entiéndase como el ejercicio efectivo de la patria potestad y obviamente el otro padre ha sido suspendido del tal derecho, en consecuencia, se debe de buscar el mejor ambiente para el desarrollo del menor, sin que ello implique necesariamente que el concepto de familia tenga que ser necesariamente que ambos padres convivan juntos.*

Nuestra posición tiene una lectura totalmente diferente, a diferencia del Fiscal Penal nuestra posición es que la tipificación del delito tiene serias falencias que no permiten una protección, resarcimiento a la víctima, sobre todo en base al interés superior del niño. La exposición que realiza el fiscal provincial penal es la ideal la que debe hacerse, pero no siempre se cumple, cada caso en particular tiene una serie de situaciones complejas, que merecen ser estudiadas pero en base a criterios uniformes tanto en la jurisprudencia, doctrina y los criterios jurisdiccionales.

Como señala la Fiscal Superior de Civil y Familia, Virginia Aquize, hay que tener en cuenta los principios estructurantes de la convención internacional de los niños y adolescentes, que son cuatro principios básicos de la convención y ello porque constituyen los pilares y estructura básica de los cuales se ha edificado la nueva doctrina y tratamiento de la niñez en el mundo⁶¹.

Citando a Dworkin, los principios vienen hacer proposiciones que describen derechos, en este caso nos referimos a los principios que ampliamente hemos desarrollado en nuestra investigación como son los principios de interés superior del niño, no discriminación, autonomía y participación, opinar y ser oído.

⁶⁰ M SALANOVA VILLANUEVA *El derecho del menor a no ser separado de sus padres*. Universidad de Zaragoza. 2010. p,233

⁶¹ V AQUISE DIAZ *Reflexión de los principios estructurantes de la convención internacional de los derechos del niño en la legislación peruana*. Ratio-Actio. Revista del Ministerio Público. 2012. P,1-2

1. Principio de “No discriminación” (Artículo 2)

La Convención nos es aplicable a todos los niños cualquiera que sea nuestra raza, religión o habilidades; sin importar lo que digamos o pensemos; cualquiera que sea el tipo de familia de la que vengamos. Sin importar dónde vivimos, qué idioma hablamos, qué es lo que hacen nuestros papás, si somos niños o niñas, la cultura de la que provenimos, si tenemos alguna discapacidad o si somos ricos o pobres. No hay causa que justifique el trato desigual a los niños.

2. Principio de observar siempre el interés superior del niño (Artículo 3)

Cuando se va a tomar una decisión que puede afectarnos lo primero en lo que debe de pensar quien tomará la decisión es nuestro beneficio. Los adultos deben de hacer aquello que es mejor para nosotros. Cuando los adultos toman decisiones deben de pensar la forma en que éstas nos pueden afectar. Este principio lo podemos observar, por ejemplo, en la creación de nuevas leyes, políticas del gobierno y presupuestos destinados a la niñez.

3. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (Artículo 6)

¡Tenemos derecho a vivir! Los gobiernos deben asegurar que crezcamos y nos desarrollemos saludablemente.

4. Principio de participación y ser escuchado (Artículo 12)

Cuando los adultos toman decisiones que nos pueden afectar, nosotros tenemos derecho a decir lo que pensamos y nuestra opinión debe ser tomada en cuenta. Esto no significa que podemos decirles a nuestros padres qué hacer y qué no hacer. La Convención busca que los padres escuchen las opiniones de los hijos y que los involucren en la toma de decisiones, la Convención no nos da a los niños autoridad sobre los adultos, al contrario, la Convención reconoce que el nivel de participación en las decisiones debe de ser apropiado para nuestro nivel de madurez.

3.2.9. Vulneración al Derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material

En coherencia con las otras interrogantes, la respuesta es positiva por todos los encuestados, sobre la premisa que, de acuerdo a su experiencia, la inadecuada tipificación del delito de sustracción al menor, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, un 45% responde que está totalmente de acuerdo y en la

misma proporción estadística responde que están de acuerdo, un 5% responde la alternativa indeciso y una parte de los encuestados tiene un posición contraria, en desacuerdo (3%), un totalmente en desacuerdo responde en un 2%

En la entrevista realizada al Fiscal Provincial de Familia, este señala lo siguiente: *También se vulnera este derecho cuando el niño que es sustraído o no se desea entregarlo al progenitor con quien vive habitualmente, porque atenta gravemente el buen desarrollo de la personalidad el niño, niña o adolescente; se convierte en una persona totalmente insegura por la indecisión de los padres o por las decisiones apresuradas y egoístas; muchas veces para eludir su deber de pasarle alimentos; el progenitor que comete el ilícito justifica su accionar haciéndole creer al NNA que su decisión es la correcta y que el otro progenitor es el o la responsable, que no merecía vivir con ella.*

Encontramos una posición contraria en la entrevista realizada al fiscal provincial penal, quien señala: *Consideramos que no existe una inadecuada tipificación del tipo penal mencionado, por cuanto el ambiente de afecto y de seguridad moral y material no necesariamente se vincula al hecho de que ambos padres deban de vivir juntos, sino que este derecho puede incluso materializarse efectivamente incluso con una familia ensamblada o en un hogar adoptivo.*

Ambas posiciones tienen validez, pero se debe tener en cuenta valorar todas las características del caso, aquí tiene una labor importante el equipo multidisciplinario, porque a través de su informe podrá determinar la conducta del progenitor o progenitora en relación con sus hijos después de la comisión del delito, precisar cuáles son las estrategias, a utilizarse con la finalidad de lograr que el niño tenga un bienestar general y los padres que están totalmente enfrentados, tomen conciencia cual es lo mejor para sus hijos. Evitar después de la comisión del delito, y cuando ya la situación este calmada que se evite campaña de difamación, desaprobación, injurias que un progenitor u progenitora lleva a cabo sobre su hijo respecto del otro progenitor.

3.2.10. Vulneración del Principio de protección especial del niño

Los resultados de la encuesta que tiene la misma tendencia que las demás respuesta de los profesionales inmersos en la judicatura penal y de familia señalan en un 47% que están totalmente de acuerdo que la permisibilidad en la sanción punitiva al sujeto activo

del delito de sustracción al menor vulnera el Principio de protección especial del niño, en el mismo porcentaje responde que están de acuerdo, la oposición a la propuesta es del 3% para totalmente en desacuerdo y en desacuerdo.

El Principio de protección especial del niño, debe ser celosamente protegido desde el estado, la tutela a la familia se presenta como la vía fundamental merced a la cual el Estado articulará la protección de la infancia: al ser sus padres las personas más aptas para cuidar del menor, la política estatal tenderá a proteger a aquél indirectamente amparando a su familia, respetando su labor y evitando injerencias que no podrían ser sino perturbadoras. El art. 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres..." No en vano nos hallamos ante un derecho que nuestra Constitución y nuestro código civil reconocen.

La resolución merced a la cual se opera la separación de un niño sólo podrá ser adoptada por los órganos legalmente predeterminados. Se desprende de ello la ilegitimidad de toda sustracción del niño por parte de cualquier particular, independientemente de su parentesco con él: quedan pues comprendidos los supuestos en los que el artífice de la separación es uno de los progenitores en caso de ruptura de la pareja.

3.2.11. Vulneración del Derecho al desarrollo armónico e integral del niño

La interrogante planteada tiene una respuesta totalmente positiva, un 55% responde que está totalmente de acuerdo que es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción del menor por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño, se une un 35% que responde que está de acuerdo, una posición de indeciso responde en un 5%, y una respuesta negativa de 5% señala que no está de acuerdo.

En la entrevista realizada al Fiscal Provincial de Familia, este señala lo siguiente:

Es correcto y está en relación directa con el anterior derecho (a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material). El desarrollo armónico tiene que ver con el desarrollo del ser, y éste siempre debe ser el favorable, sobre todo, tratándose en casos

de NNA. Debe ser protegido por ambos padres del abandono, de la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación.

Encontramos una posición contraria en la entrevista realizada al fiscal provincial penal, quien señala:

En principio debemos de contextualizar las circunstancias en las que se produce la violencia que se ejerce en el delito aludido, ya que es posible que exista una causa de justificación, si consideramos que se ejerce violencia para la comisión del ilícito, no solo en este delito sino en cualquier otro delito, puede vulnerar el derecho al desarrollo armónico e integral del niño.

La Vulneración del Derecho al desarrollo armónico e integral del niño, es un derecho fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que goza de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, este desarrollo armónico e integral del niño, no puede ser interrumpido por una abrupta separación del hijo del hogar donde se encontraba.

3.2.12. La protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres

Con este instrumento queremos recoger información sobre la problemática de nuestra legislación respecto a, que el interés de los padres no es superior al del niño, cuando entran en conflicto, la judicatura penal debe en sus resoluciones, otorgar una protección sumaría al niño, teniendo siempre como premisa que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres, un 61% responde que está totalmente de acuerdo y un 32 % que está

de acuerdo, las respuestas no acordes con la premisa son mínimas, un 3% que responde indeciso, un 2% responde la alternativa totalmente en desacuerdo y un desacuerdo en un 2%.

Las acciones por parte del Estado en garantía del bienestar del niño tendrán en cuenta los derechos y deberes de sus padres, que tiene que estar supeditada a que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres, los padres pueden tener diversos problemas o intereses particulares como tener un nuevo hogar, hacer planes de viaje sin la autorización del otro progenitor y todas aquellas circunstancias donde el progenitor quiera tomar decisiones independientemente de la opinión y decisión del otro progenitor, ello que exige respeto a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres a la hora de impartirle al menor la dirección y orientación que consideren apropiada, según el cual incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. A ellos hay que añadir el—derecho del niño a ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible (inciso este que, en cuanto constituye una excepción a un derecho fundamental, deberá ser apreciado con el consiguiente carácter restrictivo); el —derecho del niño a conservar las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

3.2.13. Falta de idónea prestación de garantías al bien jurídico “patria potestad”

En la tabla N° 13, se responde en un 61% que están totalmente de acuerdo unido a un 32% que está de acuerdo que está de acuerdo que la configuración del delito de sustracción de menor de edad, no otorga una idónea prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad, un 3 % que respondió la alternativa indeciso y una posición contraria de 2% que responde que están totalmente en desacuerdo y de igual porcentaje en desacuerdo

La custodia o tenencia del hijo forma parte del contenido personal de la Patria Potestad, es su principal atributo. Es variable y temporal; puede desmembrarse de la Patria Potestad ya sea en forma ordinaria o legal -por acuerdo o convenio de los padres o por decisión judicial- y, en forma extraordinaria o ilegal -por decisión unilateral de uno de los progenitores o de los ascendientes del hijo menor de edad; en este último caso, éstos se incurrir en responsabilidad penal. En cambio, el ejercicio de la Patria Potestad, solamente

puede ser privado por mandato judicial, a través de las figuras jurídicas de suspensión o pérdida reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes. No es posible el acuerdo ni convenio de los padres.

El deber-derecho de la Patria Potestad, no puede ser privado por la simple sustracción o negativa de devolver al hijo; cuando estos supuestos se presentan, el sujeto pasivo, progenitor que ejercía la tenencia del hijo, es privado únicamente del derecho a tener a su hijo en su compañía (artículo 74.e del CNA). El ejercicio de los demás atributos previstos en el artículo 74 de la norma especial se ven en cierta forma limitados, pero no privados.

3.2.14. Nueva configuración de la patria potestad

En la última interrogante como las respuestas anteriores es positiva, un 61% responde que está totalmente de acuerdo que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad, un 34% que está de acuerdo.

Un ordenamiento jurídico familiar que ha sido alcanzado por el proceso de constitucionalización del derecho no puede continuar llamando al deber de cuidado y responsabilidad frente a los hijos con una denominación que corresponde más a una sociedad de corte patriarcal. La responsabilidad parental (mal llamada patria potestad) es un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad para su protección y formación integral. De allí que deba concebirse primordialmente como un haz de obligaciones impuestas, que nacen de la paternidad, tras cuyo cumplimiento recién asoman los derechos. Se cuestiona la estructura de titularidad en el ejercicio de la patria potestad, donde se otorga poder y jerarquía, cuando solamente se habla de “deber de cuidado y de protección de los hijos durante su niñez y adolescencia” Necesitamos nuevas reglas, en nuestro derecho sustantivo y en la legislación especial del niño, donde se reflejen cambios en la atribución y modalidades de cuidado personal de los hijos, que se profundice la forma de ejercicio conjunto de la patria potestad y su real alcance.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La inadecuada configuración del delito de sustracción de menor de edad guarda relación significativa con la falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, por la colisión que tiene en este caso la patria potestad y a tenencia en la configuración del delito, la no sanción penal, el archivamiento de este tipo de delitos, y las acciones maliciosas y dilatorias de la defensa de los procesados inciden en la impunidad del delito, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad, Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor, Actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente.

SEGUNDO. Se vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, ya que, cuando el niño, niña o adolescente vive bajo el cuidado y protección exclusivo de uno solo de los progenitores y éste es sustraído de dicha esfera de cuidado y habitualidad, la esta conducta típica no puede ser invocada debido a la imprecisión del bien jurídico protegido del delito de sustracción, pese a que nuestra legislación positiva regula el deber y derecho de tener a los hijos en su compañía (TENENCIA) previsto en el artículo 423.5 del CC.

TERCERO. Se vulnera del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Postulados que deben ser rigurosamente protegidos, pero que el accionar delictivo del sujeto activo del delito, atenta contra dichos derechos desde que se sustrae al niño, niña y adolescente, utilizando cualquier tipo de medios, este accionar ocasiona siempre un grave daño psicológico en el niño, independientemente de la violencia ejercida por el padre o madre que comete el delito, este daño psicológico que es sancionado con la nueva normatividad, reglamentos y protocolos de la Ley N° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se tiene que tomar en cuenta.

CUARTO. Se vulnera el principio de protección especial del niño, cuando no se ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad. La denominación “Patria Potestad, en la doctrina y en la legislación, desde nuestra óptica,

no es correcta, siendo advertida, ya por la doctrina y por la legislación comparada. Como se aprecia en los últimos años, y sobre todo a partir de la sanción en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay una nueva postura donde se deja de lado el inadecuado término de patria potestad, para establecer regímenes denominados de "responsabilidad parental".

QUINTO. Se vulnera el derecho al desarrollo armónico e integral del niño, por la falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura. Desde la intervención de la policía nacional, el representante del ministerio público y el juez, debe procurar la protección de la integridad física y psicológica del niño, niña o adolescente que ha sido sujeto de sustracción, este desarrollo armónico e integral, justamente se quiebra, por la prioridad equivocada de algunos padres de sus intereses por los intereses del niño.

SEXTO. Se vulnera el interés superior del niño, por tener el delito de sustracción de menores un tipo penal insuficiente. Si bien es cierto, existe información e investigaciones sobre la Sustracción Internacional de menor de edad, poco énfasis se le ha dado a la sustracción de menor de edad en el Perú, y la protección a este cuando se encuentra en el centro del conflicto de sus padres, más aun si en nuestro País la Ley Penal regula como delito la sustracción de menor edad, estas instituciones han ido evolucionando con el paso del tiempo, evolución que no es contemplada por el derecho penal.

SEPTIMO Existe incumplimiento de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad”, por los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia. De allí la propuesta que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad. La responsabilidad parental (mal llamada patria potestad) es un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad para su protección y formación integral. Necesitamos nuevas reglas, en nuestro derecho sustantivo y en la legislación especial del niño, donde se reflejen cambios en la atribución y modalidades de cuidado personal de los hijos, que se profundice la forma de ejercicio conjunto de la patria potestad y su real alcance.

Realizada nuestras conclusiones podemos proponer:

Propuesta de modificación del artículo 147 del Código Penal

Conforme a la doctrina y tratamiento legislativo de las instituciones jurídicas de la Patria Potestad y tenencia, debe modificarse el tipo penal en comento, básicamente en cuanto a la descripción típica, bien jurídico protegido y tipicidad objetiva.

Artículo vigente: “**Artículo 147.-** El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.”

Modificación propuesta: Artículo 147.- Sustracción de menor de edad

El que, mediando relación parental, sustrae al hijo, ya sea niño, niña o adolescente, o rehúsa entregarlo **al progenitor que ejercía la tenencia exclusiva, derivado de un acuerdo de los padres, de mandato judicial o de una situación de hecho debidamente probada**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y **suspensión de la Patria Potestad según el literal h) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes**.

La misma pena privativa de la libertad se aplicará a los demás ascendientes”.

Propuesta de modificación del literal h) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes

En el caso de sustracción o rehusamiento de entrega del hijo menor de edad se produce una grave vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; en el Perú se producen a diario muchos casos de padres que no recurren a la vía legal pero sí a vías vedadas por la ley, para obtener la tenencia de sus hijos; por ello se requiere una forma de sanción legal civil para evitar esas malas prácticas.

“Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

(...)

h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107,108-B, 110,125, **147**, 148-A, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 173-A, 176-A, 179, 181, y 181-A del Código Penal”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUISE DIAZ V *Reflexión de los principios estructurantes de la convención internacional de los derechos del niño en la legislación peruana*. Ratio-Actio. Revista del Ministerio Publico. Arequipa. 2012.

ARRIOLA CÉSPEDES, I en la tesis titulada: “*Obstáculos en el acceso a la justicia de víctimas de violencia psicológica en el procedimiento de violencia familiar nacional. ¿Decisiones justas con enfoque de derechos humanos y de género?* Análisis de casos con resolución de la Segunda Sala de Familia de Lima entre setiembre - diciembre 2011”. Lima PUPC. 2013.

BERMÚDEZ TAPIA M. *Análisis objetivo del delito de sustracción de menores en el código penal*. Lima. 2008. Recuperado el 29 de agosto del 2016 en www.alfonsozambrano.com/doctrina.../analisis_delito_sustraccion.doc.

BRAMONT ARIAS, L. *Temas de Derecho Penal*, T.IV, Lima Editorial Sesator. 1993. 5ª ed.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto y García Cantizano, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal, parte especial*, 4ta. Edición, aumentada y actualizada, Lima, Perú, 1998

CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2016) *Las víctimas invisibles: niños envueltos en los conflictos de sus padres*. Lima Actualidad Civil. Al día con el Derecho. Mayo. 2016. Vol. 23.

CARBONELL MATEU. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Reus. Madrid. 1988. 3ª ed.

CILLERO BRUÑOL, M. *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. De Palma. Buenos Aires, 1999. 3ª ed.

CHUNGA LA MONJA, F. *Derecho de Menores*. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2000. 4ª ed.

CUELLO CALON Eugenio Derecho Penal. Barcelona. Bosch Casa Editorial. T. II, V. 2º, 14a Edición. 1982.

DIEGO DÍAZ – Santos, María del Rosario, *Los delitos contra la familia*, Montecorvo, Madrid, 1973

FERNÁNDEZ REVOREDO, M. *Manual de derecho de familia*. Constitucionalización y diversidad familiar. PUCP-Fondo Editorial. Lima., 2013. 1ª ed

GARAY MOLINA A *Custodia de los hijos cuando dan fina al matrimonio* Editorial Grijley. Lima. 2009.

GONZÁLEZ MARTÍN, N. *Convivencia paterno-materna filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. 2011.

GROSMAN C. *La tenencia compartida después del divorcio*. Nuevas tendencias en la materia. Buenos Aires. Revista La Ley. 1984.

JAKOBS, Gunther “*Actuar y omitir*”. En: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Guillermo Jorge Yacobucci (Dir.). Ara, Lima, 2005

MACCORMICK N. “*Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho*”, en Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política, Tecnos, Madrid. 1990. 1ª ed.

MORALES MUÑOZ, S. Tesis titulada: *La Pérdida Definitiva Del Ejercicio De La Patria Potestad*. Guatemala, Universidad de san Carlos de Guatemala. 2007.

PACHECO, A. *El Código Penal Concordado y Comentado*. Edisofer. Madrid. 2000.

PELLEGRINI María *Fin de la patria potestad, ambos padres son responsables por igual del cuidado de sus hijos*. Recuperado el 2 de diciembre del 2016 en <http://www.telam.com.ar/notas/201508/115036-patria-potestad-fin-codigo-civil-y-comercial-cambios-justicia.html>

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima. 2002. 2ª edic.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A. (2008) *El derecho a cuidar y ser cuidado: la coparentalidad o tenencia compartida*. Recuperado el 22 de Julio del 2016 en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/12/05/el-derecho-a-cuidar-y-ser-cuidado-la-coparentalidad-o-tenencia-compartida/>.

PLÁCIDO VILCACHAGUA A. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2005. 2ª ed.

PLACIDO VILCACHAGUA A. *El “interés superior del niño” en la interpretación del tribunal constitucional* Lima. 2009. Recuperado el 29 de Setiembre del 2016 en <https://codigodelnna.wikispaces.com/.../EL+INTERÉS+SUPERIOR+DEL>

PLÁCIDO VILCACHAGUA. *Ahora sí: el principio de protección especial de la infancia y adolescencia*. Recuperado el 3 de Noviembre del 2016 en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/05/08/ahora-si-el-principio-de-proteccion-especial-de-la-infancia-y-adolescencia/>.

REYNA ALFARO, L. *Delitos contra la Familia*, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, 2004

RODRÍGUEZ QUINTERO L. *Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas Consideraciones*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. 2011. 1ª ed

SALANOVA VILLANUEVA M *El derecho del menor a no ser separado de sus padres*. Universidad de Zaragoza.2010.

SALINAS SICHA R *Curso de Derecho Penal Peruano* Palestra Editores. Lima. 1998. 1ª edic.

SERRANO GOMEZ A. *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Dikinson. Madrid. 9ª edic.

SOTOMARINO CÁCERES R. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2005. 2ª ed

VARSI ROSPIGLOSI, Enrique *Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones de hecho*. Gaceta Jurídica. Lima. 2012. 1ª Edic.

VARSI ROSPIGLOSI, E. *Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones de hecho*. Gaceta Jurídica. Lima. 2ª ed. 2012.

VILLAVICENCIO Terreros, Felipe, “*Código Penal Comentado*”, tercera edición, Grijley, Lima, 2001.

WONG ABAD, J. *Pautas para determinar el interés superior del niño en un caso concreto*. Actualidad Civil. Instituto Pacifico. Lima. Mayo 2016. Vol. 23.

ZANONI. E. *Derecho de familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. Tomo 1, 2ª. Edición.

Anexos

A-1.Instrumentos de recolección de datos

CUESTIONARIO N° 01

TESIS: “LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD Y EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR DE EDAD. JUDICATURA AREQUIPA 2016”	
Agradeceré a usted responder este breve y sencillo cuestionario, su aporte es muy importante para el logro del siguiente objetivo.	OBJETIVO: Determinar en qué medida la falta de una protección idónea de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad incide en una inadecuada configuración del delito de sustracción de menor de edad.
GENERALIDADES: Esta información será utilizada en forma confidencial, anónima y acumulativa; por lo que agradeceremos a las personas entrevistadas proporcionarnos informaciones veraces, solo así serán realmente útiles para la investigación.	INFORMANTES: La presente Encuesta está dirigida a los abogados y operadores jurídicos de la especialidad de familia y penal, conocedores de los efectos del delito de sustracción de menor.

Se recomienda a los siguientes colaboradores que cuenten con el tiempo posible a fin de poder responder factiblemente las siguientes preguntas:

Instrucciones:

Lea detenidamente las siguientes preguntas y marque con una x la respuesta que estime conveniente:

1. *¿Está de acuerdo con la afirmación que Existe relación significativa entre la configuración actual del delito de sustracción de menor y su incidencia en la vulneración de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad?*

- () Totalmente de acuerdo.
() De acuerdo.
() Indeciso.
() En desacuerdo.
() Totalmente en desacuerdo.

2. *¿Existe falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

3. *¿Es correcta la afirmación que actualmente existe Impunidad en el delito del delito de sustracción del menor?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

4. *¿Comparte la premisa que en el delito del delito de sustracción del menor, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

5. *¿Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del delito de sustracción del menor?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.

- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

6. *¿Comparte la afirmación que actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

7. *¿Es correcta la afirmación que los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción del menor?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

8. *¿El delito de sustracción la menor, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

9. *¿De acuerdo a su experiencia, la inadecuada tipificación del delito de sustracción al menor, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material?*

- () Totalmente de acuerdo.
- () De acuerdo.
- () Indeciso.
- () En desacuerdo.
- () Totalmente en desacuerdo.

10. *¿La permisibilidad en la sanción punitiva al sujeto activo del delito de sustracción al menor vulnera el Principio de protección especial del niño?*

- () Totalmente de acuerdo.
- () De acuerdo.
- () Indeciso.
- () En desacuerdo.
- () Totalmente en desacuerdo.

11. *¿Es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción del menor por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño?*

- () Totalmente de acuerdo.
- () De acuerdo.
- () Indeciso.
- () En desacuerdo.
- () Totalmente en desacuerdo.

12. *¿Está de acuerdo con la afirmación, que el interés de los padres no es superior al del niño, cuando entran en conflicto, la judicatura penal debe en sus resoluciones, otorgar una protección sumaría al niño, teniendo siempre como premisa que la protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres?.*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

13. *¿Está de acuerdo que la configuración del delito de sustracción al menor, no otorga una idónea prestación de garantías a la protección del bien jurídico “patria potestad”?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

14. *¿Coincide usted que nuestra legislación sustantiva y especial debe modificar la actual regulación del término, facultades y naturaleza de “patria potestad”?*

- ☐ Totalmente de acuerdo.
- ☐ De acuerdo.
- ☐ Indeciso.
- ☐ En desacuerdo.
- ☐ Totalmente en desacuerdo.

A.2. Ficha del instrumento.

Contenido de la Fase del Instrumento de Investigación

Trabajo de investigación denominado:	“LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD Y EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR DE EDAD. JUDICATURA AREQUIPA 2016”
Autor:	Wifalavel Vega Ugarte
Entidad académica:	Universidad Católica de San Pablo
Mes y año de elaboración	Noviembre del 2016
Nivel Académica	Derecho
Especialidad	Derecho de Familia
Administración	Individual
Duración	Entre 10 a 15 minutos
Nivel de Confiabilidad	95%
Margen de error asumido	5%
Numero de encuestados	62
Lugar de aplicación	Arequipa
Ámbito de aplicación	Abogados y operadores jurídicos de la judicatura penal y familia.
Temas a evaluar.	Falta de protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y Delito de sustracción de menor y
Tipos de preguntas	Cerradas dicotómicas
Número de preguntas	14
Escala	Nominal
Puntuación	(1) Totalmente de acuerdo. (1) De acuerdo. (1) Indeciso. (1) En desacuerdo. (1) Totalmente en desacuerdo.

A.3. Entrevistas.

ENTREVISTA

TESIS: "LA PROTECCION DE LOS DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD Y EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENOR DE EDAD. JUDICATURA AREQUIPA 2016"

OBJETIVO: Determinar en qué medida, actualmente, la configuración del delito de sustracción al menor incide en la Protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. Judicatura de Arequipa. 2015-2016.

ENTREVISTADO: MG. EDILBERTO CHOQUE GONZALES
FISCAL PROVINCIAL DE LA PRIMERA FISCALIA DE
FAMILIA-DISTRITO FISCAL AREQUIPA

ENTREVISTADOR: WIFALAVEL VEGA UGARTE

- 1.Cuál es su opinión sobre la afirmación de que: Actualmente la configuración del delito de Sustracción de menor de edad incide en la Protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.**

Tal afirmación se basa en los siguientes presupuestos:

- Existe falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor
- Actualmente existe Impunidad en el delito del delito de sustracción del menor
- En el delito del delito de sustracción del menor, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad.
- Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del del delito de sustracción del menor
- Actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente.

Incide de manera directa en la configuración en la protección de los derechos y deberes que nacen de la patria potestad, principalmente el derecho el derecho a tener a los hijos en su compañía (TENENCIA) previsto en el artículo 423.5 del CC, cuando el niño, niña o adolescente (NNA) vive bajo el cuidado y protección exclusivo de uno solo de los progenitores. Cuando el NNA es sustraído de éste cuidado y protección se vulnera el derecho de este progenitor. Ayuda a este propósito, la falta de precisión del verdadero bien jurídico protegido en el delito de sustracción, pues se confunde patria potestad (concepto abstracto) con tenencia (concepto concreto).

- 2. Es correcta la siguiente afirmación: "los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden**

negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción la menor"

Es correcta la afirmación, en el sentido que el CC define expresamente lo que es patria potestad (art. 418) lo que no ocurre con el caso de la tenencia. Tampoco existe una definición en el CNA, solo regula las reglas para su determinación (arts. 81 y 84), su variación (art. 82), la legitimidad para obrar (art.83), las reglas de la tenencia provisional (art. 87). Ello incide negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción de menor. El delito de sustracción de menor está directa relacionada con la figura jurídica de la Tenencia y no con la patria potestad, solo la tenencia puede ser materia de sustracción o de rehusamiento de entrega, por decisión unilateral del agresor; la patria potestad por ser un deber -derecho, no tiene esa característica; según el CNA la patria potestad se priva y no se suspende, solo por mandato judicial.

3. ¿El delito de sustracción de menor de edad, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella?

En realidad, vulnera varios derechos, entre ellos el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, muchas veces el niño no está bajo el cuidado directo del padre que realiza la sustracción o se rehúsa a entregarlo, es confiado a terceras personas u otras parientes. Otros derechos que se vulneran: el derecho a no ser desarraigado de su entorno social y educativo (los niños son llevados a lugares que le son desconocidos, alejados de sus amigos y compañeros de estudios; pierde año escolar), el derecho a la integridad psicológica (la sustracción le produce una gran afectación emocional, porque no sabe nada del progenitor con quien compartió más tiempo), a la libertad (se coacta su libertad locomotora cuando es ocultado o escondido para evitar que el otro progenitor recupere la tenencia), derecho a opinión (no se toma en cuenta ni se le pregunta si está conforme con el cambio abrupto y repentino), entre otros.


4. De acuerdo a su experiencia, la inadecuada tipificación del delito de sustracción de menor de edad, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

También se vulnera este derecho cuando el niño que es sustraído o no se desea entregarlo al progenitor con quien vive habitualmente, porque atenta gravemente el buen desarrollo de la personalidad el niño, niña o adolescente; se convierte en una persona totalmente insegura por las indecisión de los padres o por las decisiones apresuradas y egoístas; muchas veces para eludir su deber de pasarle alimentos; el progenitor que comete el ilícito justifica su accionar haciéndole creer al NNA que su decisión

es la correcta y que el otro progenitor es el o la responsable, que no merecía vivir con ella.

5. Es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción de menor de edad por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño

Es correcto y está en relación directa con el anterior derecho (a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material). El desarrollo armónico tiene que ver con el desarrollo del ser, y éste siempre debe ser el favorable, sobre todo, tratándose en casos de NNA. Debe ser protegido por ambos padres del abandono, de la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación.



Mg. Edilberto Choque Gonzales

EDILBERTO SEBASTIAN CHOQUE GONZALES
Fiscal Provincial Titular
Primera Fiscalía Provincial de Familia
AREQUIPA

Wifalavel Vega Ugarte

ENTREVISTA

TESIS: "LA PROTECCION DE LOS DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD Y EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENOR DE EDAD. JUDICATURA AREQUIPA 2016"

OBJETIVO: Determinar en qué medida, actualmente, la configuración del delito de sustracción al menor incide en la Protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. Judicatura de Arequipa. 2015-2016.

1. **Cuál es su opinión sobre la afirmación de que: Actualmente la configuración del delito de Sustracción de menor de edad incide en la Protección de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.**

Tal afirmación se basa en los siguientes presupuestos:

- Existe falta de precisión del bien jurídico en el delito de sustracción al menor
 - Actualmente existe Impunidad en el delito del delito de sustracción del menor
 - En el delito del delito de sustracción del menor, no ha recepcionado la nueva concepción del rol de cuidado en la patria potestad.
 - Falta de medidas coercitivas por parte de la judicatura para proteger a las víctimas del del delito de sustracción del menor
 - Actualmente la configuración legal del delito de sustracción al menor es un tipo penal insuficiente.
-
- Mayoritariamente se admite como bien jurídico del delito propuesto al ejercicio de la patria potestad.
 - No concordamos con el hecho de que el delito de sustracción del menor quede impune, lo que ocurre es que la mayoría de los hechos denunciados no configuran el tipo penal denunciado, toda vez que este requiere el ejercicio de la patria potestad, el tipo penal no admite dentro de su configuración objetiva la tenencia, tutela o curatela solo patria potestad y por ello se genera la sensación de impunidad.
 - La patria potestad es un derecho que puede ser limitado por el Juez en uso de sus facultades, por trasgredir o hacer abuso de su ejercicio, por lo que su cuidado le corresponde en principio a los padres y a las autoridades competentes.

- La valoración del ejercicio de la patria potestad le compete al Juez de Familia, quien suspenderá, restringirá o extinguirá la patria potestad, salvo que en flagrancia de un delito se determine que el menor sea retirado del padre que ejerce la patria potestad, en cuyo caso ello responde a un estado de necesidad.

2. *Es correcta la siguiente afirmación: “los errores conceptuales en el ámbito civil sobre patria potestad y tenencia, inciden negativamente en los criterios para determinar la comisión del delito de sustracción la menor”*

Precisamos que no podemos indicar si la afirmación es correcta o no, esto por cuanto los errores conceptuales de ambos términos jurídicos compete apreciarlos y resolverlos, en cada caso en particular, al Juez de Familia, quien deberá de determinar en qué casos se otorga la patria potestad y en que otros la tenencia, en este último caso no necesariamente podrá recaer en los padres que para el ámbito penal, solo es necesario identificar cuál de los padres o familiares tiene o goza del ejercicio de la patria potestad –con la respectiva resolución judicial-, ello para que pueda configurarse el tipo penal, además de los otros elementos objetivos que se requieren para la configuración plena del tipo.

3. *¿El delito de sustracción de menor de edad, vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella?*

Consideramos que no vulnera el derecho aludido por cuanto la autoridad civil, es decir el Juez de Familia, ha valorado cada una de las circunstancias que se presentan en la familia del menor para entregarle la patria potestad a uno de los padres, entiéndase como el ejercicio efectivo de la patria potestad y obviamente el otro padre ha sido suspendido del tal derecho, en consecuencia, se debe de buscar el mejor ambiente para el desarrollo del menor, sin que ello implique necesariamente que el concepto de familia tenga que ser necesariamente que ambos padres convivan juntos.

4. De acuerdo a su experiencia, la inadecuada tipificación del delito de sustracción de menor de edad, vulnera el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material

Consideramos que no existe una inadecuada tipificación del tipo penal mencionado, por cuanto el ambiente de afecto y de seguridad moral y material no necesariamente se vincula al hecho de que ambos padres deban de vivir juntos, sino que este derecho puede incluso materializarse efectivamente incluso con una familia ensamblada o en un hogar adoptivo.

5. Es correcta la afirmación que la violencia ejercida en el delito de sustracción de menor de edad por uno de los progenitores vulnera el Derecho al desarrollo armónico e integral del niño

En principio debemos de contextualizar las circunstancias en las que se produce la violencia que se ejerce en el delito aludido, ya que es posible que exista una causa de justificación, si consideramos que se ejerce violencia para la comisión del ilícito, no solo en este delito sino en cualquier otro delito, puede vulnerar el derecho al desarrollo armónico e integral del niño.